SALA DISCIPLINARIA

Bogotá, 9 de diciembre de 2013
Aprobado en acta de Sala extraordinaria n.º 57

Dependencia	**Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación**
IUS	**2012 – 447489**
IUC	**D 2013 – 661 – 576188**
Implicado	**GUSTAVO FRANCISCO PETRO**
Cargo y entidad	**Alcalde mayor de Bogotá D. C.**
Quejoso	**JORGE ELIECER MIRANDA TELLEZ, secretario general de la Federación Regional de Trabajadores; ORLANDO PARADA DÍAZ, concejal de Bogotá; RICARDO MARÍA CAÑÓN PRIETO, personero de Bogotá; JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ, defensor del Pueblo, y otros**
Fecha de los hechos	**Segundo semestre del año 2012**
Hechos	**Presuntas conductas irregulares relacionadas con la prestación del servicio público de aseo y otras de naturaleza contractual y administrativa.**
Asunto	**Fallo de única instancia (Artículos 169A y 170 del CDU).**

P. D. PONENTE: Dr. JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA

Con fundamento en la delegación efectuada por el señor procurador general de la nación, mediante auto de 11 de enero de 2013, procede la Sala Disciplinaria a proferir el fallo de única instancia dentro del presente proceso disciplinario, en atención a lo establecido en los artículos 169A y 170 del Código Disciplinario Único.

1. IDENTIDAD DEL INVESTIGADO

GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, a quien le corresponde la cédula de ciudadanía n.° 208.079, y quien para la época de las conductas que se investigan se desempeñaba como alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, conforme al acta de posesión del 1.° de enero de 2012 y a la certificación expedida por el subdirector de Talento Humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá.[1]

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Con ocasión de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, el despacho del procurador general de la nación recibió varias quejas disciplinarias en contra del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá.

[1] Conforme a los documentos enviados mediante el oficio de 31 de enero de 2013, suscrito por el Subdirector de Talento Humano. Ver folios 88 a 96 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.

En primer lugar, la queja del señor JORGE ELIECER MIRANDA TELLEZ, secretario general de la Federación Regional de Trabajadores, quien después de efectuar algunas consideraciones de orden legal concluyó que se debe investigar al señor alcalde mayor por sugerir y ordenar que la prestación del servicio de aseo estuviera a cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB).[2]

En segundo lugar, el señor concejal del distrito de Bogotá ORLANDO PARADA DÍAZ radicó una queja en contra del alcalde mayor de esta ciudad, relacionada con presuntas irregularidades que tienen que ver con la prestación del servicio de aseo, demostrada, según el quejoso, en una grabación y de donde se podrían evidenciar algunas conductas de carácter disciplinario y penal.[3]

En tercer lugar, el señor personero de Bogotá, RICARDO MARÍA CAÑON, presentó otra queja que también está relacionada con la prestación del servicio público de aseo, la cual tiene fundamento, según el señor personero, en que posiblemente el señor alcalde se sustrajo del deber de contestar algunos requerimientos relacionados con este tema, así como la inexistencia o un ocultamiento del plan de acción de la Administración Distrital para garantizar la continuidad de la inmediata prestación del servicio de aseo.[4]

Y en cuarto lugar, el señor defensor del Pueblo, JORGE ARMANDO OTÁLORA, también interpuso queja disciplinaria, toda vez que con ocasión de la prestación del servicio público de aseo se podía suponer un incumplimiento de los deberes que le asisten al alcalde de la ciudad como primera autoridad administrativa y que podrían constituir faltas disciplinarias relacionadas, entre otras, con los riesgos y deterioros de la salud humana y del medio ambiente.[5]

Por otra parte, el despacho del señor procurador general de la nación recibió el informe final de acompañamiento preventivo a la prestación del servicio de aseo de la ciudad de Bogotá con sus respectivos anexos, adelantado por la Procuraduría Delegada para la Función Pública.[6]

Así las cosas, el jefe máximo del ministerio público, mediante auto de 11 de enero de 2013, delegó en la Sala Disciplinaria la competencia para adelantar la respectiva actuación contra el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, por presuntas irregularidades relacionadas con la prestación del servicio público de aseo.

---

[2] Confróntese con los folios 1 y 2 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.
[3] Confróntese con los folios 4 a 6 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.
[4] Confróntese con los folios 7 a 17 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.
[5] Confróntese con los folios 18 a 46 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.
[6] Confróntese con los folios 47 a 53 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.

Posteriormente, y luego de que uno de los procuradores delegados de la Sala Disciplinaria se declarara impedido, el señor procurador general de la nación aceptó dicho impedimento, para lo cual designó a la procuradora segunda delegada para la Contratación Estatal, o quien haga sus veces, como procurador delegado ad hoc de la Sala Disciplinaria para el trámite de la presente actuación.

De esa manera, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante auto de 16 de enero de 2013, profirió auto de apertura de investigación disciplinaria contra el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO, en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá. Mediante dicho auto se ordenó practicar algunas pruebas, a fin de cumplir los objetivos descritos en el artículo 153 del Código Disciplinario Único.

Igualmente, la Sala debe destacar que durante el trámite de la investigación disciplinaria se interpusieron otras quejas contra el disciplinado, las cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Queja interpuesta por el señor MIGUEL GÓMEZ MARTÍNEZ, representante a la Cámara, quien, luego de efectuar algunas consideraciones acerca de la prestación del servicio público de aseo de la ciudad de Bogotá, de la suscripción del convenio interadministrativo 017 de 2012 entre la UAESP y la EAAB y de la normatividad contractual aplicable caso, sostuvo que el señor alcalde mayor de Bogotá está incurso en varias faltas gravísimas tipificadas por el estatuto disciplinario.[7]

2. Queja interpuesta por el señor PABLO BUSTOS SÁNCHEZ, coordinador de veedores sin fronteras y presidente de la red de Veedurías Ciudadanas, en la que puso de presente la posible responsabilidad penal y disciplinaria de algunos servidores públicos por el tema relacionado con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.[8]

3. Queja interpuesta por el señor concejal ROBERTO HINESTROSA REY, contra el señor GUSTAVO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, relacionado con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.[9]

4. Queja interpuesta por la señora concejal MARÍA VICTORIA VARGAS SILVA, contra el señor GUSTAVO PETRO URREGO, en su condición de

[7] Confróntese con los folios 112 a 121 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.
[8] Confróntese con los folios 123 a 129 del cuaderno original n.° 1 de la actuación. Queja original en los folios 218 a 232 el cuaderno n.° 2 de la actuación.
[9] Ver folios 139 a 141 del cuaderno n.° 1 de la actuación.

alcalde mayor de Bogotá, relacionado con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.[10]

5. Dos quejas anónimas en contra del señor GUSTAVO PETRO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, con ocasión de la prestación del servicio público de aseo.[11]

6. Una queja interpuesta por el señor ARTURO MALDONADO MEDINA en contra del señor GUSTAVO PETRO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, con ocasión de la prestación del servicio público de aseo.[12]

En tal sentido, practicadas las pruebas ordenadas en el auto de apertura de investigación disciplinaria y en otras decisiones, la Sala Disciplinaria, mediante auto de 24 de abril de 2013[13], declaró el cierre de investigación, en los términos establecidos en el artículo 160A, adicionado por el artículo 53 de la Ley 1474 de 2011. Contra esta decisión se interpuso el recurso de reposición,[14] impugnación que fue resuelta mediante auto de 8 de mayo de 2013.[15]

Por otra parte y teniendo en cuenta que el disciplinado le solicitó al señor procurador general de la nación que reasumiera el trámite del presente proceso, el jefe máximo del ministerio público, mediante decisión de 9 de mayo de 2013,[16] denegó dicha petición.

Así mismo, se debe anotar que durante el trámite de la actuación disciplinaria, el señor procurador general de la nación, mediante auto de 29 de abril de 2013[17], decidió reemplazar al procurador delegado ad-hoc para conformar la Sala Disciplinaria.

De esa manera y una vez se escuchó diligencia de versión y libre al disciplinado, la Sala Disciplinaria, mediante providencia de 20 de junio de 2013, profirió decisión de cargos contra GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá.

---

[10] Obrantes en los folios 142 a 194 del cuaderno n.° 1 de la actuación.
[11] Confróntese con los folios 209 a 211 del cuaderno n.° 2 de la actuación.
[12] Confróntese con los folios 212 a 216 del cuaderno n.° 2 de la actuación.
[13] Confróntese con el folio 295 del cuaderno n.° 2 de la actuación.
[14] Conforme a los escritos del 29 de abril y 2 de mayo de 2013, visibles en los folios 305 a 307 y 319 a 327 del cuaderno original n.° 2 de la actuación.
[15] Visible en los folios 329 a 342 del cuaderno n.° 2 de la actuación.
[16] Confróntese con los folios 347 a 352 del cuaderno n.° 2 de la actuación.
[17] Conforme al auto del 29 de abril de 2013, proferido por el procurador general de la nación, visible en los folios 312 y siguientes del cuaderno original n.° 2 de la actuación.

Proferida la decisión de cargos, los sujetos procesales rindieron los respectivos descargos, en los cuales efectuaron algunas solicitudes de nulidad,[18] peticiones que se resolvieron mediante decisión de 25 de julio de 2013.[19] Contra esta decisión, el señor abogado presentó recurso de reposición, impugnación que fue resuelta mediante proveído de 12 de agosto de 2013.[20]

El día 13 de agosto de 2013, la Sala Disciplinaria resolvió las solicitudes de pruebas presentadas por los sujetos procesales.[21] En esta providencia se accedió a la práctica de algunas pruebas y se negaron otras, decisión esta última contra la cual se interpuso el recurso de reposición, impugnación que fue resuelta mediante auto de 29 de agosto de 2013.[22] En todo caso, mediante auto de 13 de agosto de 2013, se ordenó incorporar las siguientes quejas y actuaciones:

1. El escrito del quejoso ORLANDO PARADA DÍAZ, documento que, según él, fue enviado a la Fiscalía General de la Nación y que da cuenta de presuntas irregularidades relacionadas con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.[23] Así mismo, otro escrito de queja de 6 de marzo de 2013, con un CD, relacionado con los mismos hechos.[24]

2. La queja suscrita por el señor JAVIER VARGAS S en contra del señor alcalde mayor de Bogotá, por el presunto detrimento patrimonial relacionado con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.[25]

3. La queja suscrita por el señor JAIME CASTRO por las presuntas irregularidades relacionadas con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.[26]

4. La actuación disciplinaria n.° IE-18911 de 2012 y sus diligencias anexas, provenientes de la Personería Delegada de Vigilancia Administrativa I, la cual se encuentra en indagación preliminar por los mismos hechos que

[18] Confróntese con el cuaderno original n.° 4 de la actuación.
[19] Confróntese con los folios 1195 a 1218 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[20] Confróntese con los folios 1306 a 1327 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[21] Confróntese con los folios 1328 a 1346 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[22] Confróntese con los folios 1376 a 1388 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[23] Confróntese con los folios 721 a 738 del cuaderno original n.° 3 de la actuación.
[24] Confróntese con los folios 752 a 761 del cuaderno original n.° 3 de la actuación.
[25] Confróntese con los folios 746 y 747 del cuaderno original n.° 3 de la actuación.
[26] Confróntese con los folios 776 a 778 del cuaderno original n.° 3 de la actuación.

son investigados en el presente proceso y cuya decisión de apertura fue del 26 de diciembre de 2012.[27]

5. La denuncia anónima en contra del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, la cual fue enviada a la Procuraduría General de la Nación por el señor personero delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios, en donde se hicieron algunos señalamientos directos en contra del disciplinado, relacionados con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, irregularidades que según el escrito se encuentran en el CD de grabación que se adjuntó.[28]

6. La queja anónima y demás anexos por el nuevo modelo de aseo en la ciudad de Bogotá, radicada en esta entidad el 15 de julio de 2013.[29]

7. La queja y solicitud de suspensión provisional del señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, interpuesta por el señor concejal MIGUEL URIBE TURBAY.[30]

Todas las pruebas ordenadas por la Sala Disciplinaria en las decisiones anteriormente señaladas se practicaron dentro del periodo comprendido entre el 15 de agosto al 8 de octubre de 2013.[31] En tal sentido, mediante el auto del 9 de octubre de 2013 se ordenó el traslado a los sujetos procesales para que presentaran alegatos de conclusión.[32]

Conforme a lo anterior, la señora defensora suplente, mediante memorial de 10 de octubre de 2013,[33] solicitó la expedición de la copia íntegra del expediente y la ampliación del término de alegatos de conclusión, peticiones que fueron resueltas mediante auto de la misma fecha, en el sentido de autorizar la expedición de copias, pero negando la solicitud de ampliación del término para presentar los alegatos de conclusión.[34]

Contra la anterior decisión y el auto que ordenó el traslado de alegatos de conclusión, el señor abogado principal interpuso recurso de reposición.[35] Así

---

[27] Confróntese con los folios 1139 a 1155 del cuaderno original n.° 5 de la actuación.
[28] Confróntese con los folios 1155 a 1184 del cuaderno original n.° 5 de la actuación.
[29] Confróntese con los folios 1223 a 1286 del cuaderno original n.° 5 de la actuación.
[30] Confróntese con los folios 1287 a 1289 del cuaderno original n.° 5 de la actuación.
[31] Desde el folio 1351 del cuaderno original n.° 5 hasta el folio 1798 del cuaderno original n.° 7 de la actuación, en donde también obran las constancias de los anexos que se fueron incorporando al expediente.
[32] Confróntese con el folio 1799 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.
[33] Confróntese con el folio 1808 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.
[34] Confróntese con los folios 1814 a 1820 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.
[35] Confróntese con los folios 1826 a 1838 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.

mismo, el disciplinado, mediante memorial recibido el 15 de octubre de 2013[36], solicitó la copia íntegra del expediente y la ampliación del término de alegatos de conclusión. Igualmente, el 21 de octubre de 2013, el señor defensor principal presentó un escrito dirigido al señor procurador general de la nación, mediante el cual reiteró el recurso de reposición anteriormente referido.[37]

En tal forma, la Sala Disciplinaria, mediante auto de 18 de octubre de 2013,[38] resolvió dichas peticiones de la siguiente manera: 1) No repuso el auto de 9 de octubre de 2013, mediante el cual se ordenó el traslado para presentar alegatos de conclusión; 2) No repuso el auto de 10 de octubre de 2013, mediante el cual se autorizaron unas copias y se negó la solicitud de ampliación del término para presentar alegatos de conclusión; 3) Reanudó el término de traslado de alegatos de conclusión, el cual comenzó a contabilizarse a partir del 23 de octubre de 2013; y 4) Autorizó las copias a los sujetos procesales, en los términos indicados en dicha providencia.

El anterior proveído fue comunicado a los sujetos procesales el 21 de octubre de 2013 y se notificó en el estado de 22 de octubre del siguiente año, por lo que, en esa medida, la respuesta a la reiteración del recurso de reposición presentada por el señor defensor quedó cobijada con la adopción de dicha decisión.

En ese orden de ideas, reanudado la contabilización del término del traslado, el señor defensor principal presentó el día 6 de noviembre de 2013 los respectivos alegatos de conclusión, de conformidad con la constancia que obra en el folio 1893 del cuaderno original n.° 7. Al respecto, el disciplinado no presentó alegatos de conclusión y la copia íntegra del expediente que fue solicitada y autorizada por la Sala no fue reclamada por el investigado.[39] De la misma manera, durante el término de traslado, ni el disciplinado ni su «equipo de asesores técnicos» aludido en el memorial de 15 de octubre de 2013 y autorizado por la Sala Disciplinaria asistieron a la Secretaría para la revisión del expediente.

3. RESUMEN DE LOS HECHOS

Los hechos se contraen a las posibles irregularidades ocurridas con ocasión de la prestación del servicio público de aseo, específicamente en lo que concierne

---

[36] Confróntese con el folio 1839 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.
[37] Confróntese con los folios 1867 a 1892 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.
[38] Confróntese con los folios 1826 a 1838 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.
[39] Adicional a la comunicación y a la respectiva notificación del 18 de octubre de 2013, la secretaria de la Sala Disciplinaria se comunicó vía telefónica con la secretaria del disciplinado para informarle la disponibilidad de la copia del expediente, conforme a la constancia visible en el folio 1865 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.

al cambio del esquema de la prestación de este servicio adoptado por la administración distrital en cabeza de su alcalde mayor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, durante el segundo semestre del año 2012.

En tal sentido y antes de la posesión del doctor GUSTAVO PETRO, como alcalde mayor de la ciudad de Bogotá para el año 2012, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (en adelante UAESP) ordenó la apertura de la licitación pública n.° 001 de 2011[40], cuyo objeto fue concesionar, bajo la figura de áreas de servicio exclusivo (ASE), la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá, en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva.

De esa manera, la Sala Tercera de revisión de la Corte Constitucional, mediante auto 183 de 18 de agosto de 2011[41], ordenó a la UAESP, como medida cautelar, suspender la licitación pública n.° 001 de 2011 para estudiar el material probatorio recaudado en el incidente de desacato iniciado por la señora NORA PADILLA HERRERA en contra de la UAESP, por el presunto incumplimiento de las órdenes impartidas por la corporación en la sentencia T-724 de 2003[42] y el auto 268 de 2010.[43]

En consecuencia, por medio de la Resolución 552 de 8 de septiembre de 2011[44], el señor JUAN CARLOS JUNCA, director de la UAESP, declaró la urgencia manifiesta con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva. En virtud de ello, la UAESP celebró el 12 de septiembre de 2011 los contratos 157E, 158 E, 159 y 160E con los operadores privados Ciudad Limpia, Aseo Capital, LIME y ATESA respectivamente[45], por el término de 6 meses contados a partir del acta de inicio, para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Posterior a esa fecha, el 19 de diciembre de 2011, la Corte Constitucional, mediante auto 275 de 2011[46], dispuso dejar **sin efecto** la Licitación Pública n.°

---

[40] De conformidad con la Resolución 364 del 25 de mayo de 2011 de la UAESP.
[41] Confróntese con los folios 85 y 86 del anexo n.° 18 de la actuación.
[42] Confróntese con los folios 93 a 106 del anexo n.° 18 de la actuación.
[43] Confróntese con los folios 57 a 84 del anexo n.° 18 de la actuación.
[44] Confróntese con los folios 13 a 17 del anexo n.° 21 de la actuación.
[45] Copia de los contratos que obran en los folios 18 a 81 del anexo n.° 21 de la actuación.
[46] Visible en los folios 464 y siguientes del anexo n.° 5 de la actuación.

001 de 2011, «así como todos los actos administrativos dictados con ocasión de dicho proceso» y ordenó a la UAESP que definiera «un esquema de metas a (sic) cumplir en el corto plazo con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, que contenga acciones concretas, cualificadas, medibles y verificables, el cual debía ser entregado a la Corte Constitucional y a la Procuraduría General de la Nación a más tardar el 31 de marzo del año 2012, plan que deberá definirse a partir de las órdenes previstas en los numerales 109 a 118 del auto 275 de 2011».

En segundo lugar y después de la posesión del doctor GUSTAVO PETRO como alcalde mayor de Bogotá, el entonces director de la UAESP GUILLERMO ASPRILLA, mediante Resolución n.° 065 de 8 de febrero de 2012[47], declaró la urgencia manifiesta con el fin de «dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva, así como la interventoría administrativa, técnica, operativa, económica, financiera, contable, ambiental, sanitaria y de sistemas que asegure la adecuada prestación del servicio».

En virtud de esta urgencia manifiesta, la UAESP celebró el 7 de marzo de 2012 los contratos de concesión 013, 014, 015, y 016[48] con los concesionarios LIME, Aseo Capital, Ciudad Limpia y ATESA, respectivamente, por el término de 6 meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

En tercer lugar, la Corte Constitucional, mediante auto 084 de 19 de abril de 2012[49], declaró que la UAESP envió dentro del término exigido por el auto 275 de 2011 el esquema que pretendía aplicar en el corto plazo para cumplir con las obligaciones contempladas en la sentencia T -724 de 2003 y con los criterios fijados en el auto 268 de 2010. Por lo anterior, la Corte instó a la entidad a continuar el proceso.

En cuarto lugar, el 16 de agosto de 2012, la señora CAROLINA ABUSAID, directora de la UAESP (e), suscribió con los concesionarios LIME, Aseo Capital, Ciudad Limpia y ATESA, respectivamente, las prórrogas de los contratos 013, 014, 015 y 016[50], por el término de 3 meses contados a partir del 18 de septiembre de 2012. Es decir, con esta prórroga que se firmó, la administración del Distrito de Bogotá tenía claro que la prestación del servicio, mediante la

[47] Visible en los folios 82 a 90 del anexo n.° 21 de la actuación.
[48] Confróntese con los folios 91 a 154 del anexo n.° 21 de la actuación.
[49] Visible en los folios 89 a 92 del anexo n.° 18 de la actuación.
[50] Confróntese con los folios 91 a 154 del anexo n.° 21 de la actuación.

modalidad de urgencia manifiesta, se extendería hasta el 18 de diciembre de 2012.

En quinto lugar, para el mes de septiembre de 2012, una decisión de la Administración Distrital fue de público y notorio conocimiento: la Alcaldía Mayor de Bogotá tuvo el propósito de constituir una empresa pública para asumir la prestación del servicio público de aseo a partir del mes de diciembre de 2012, específicamente a partir del día 18 de diciembre del mismo año, fecha en la cual terminaría la prestación del servicio público de aseo por parte de los operadores privados bajo la modalidad de la urgencia manifiesta.

Esta decisión de la administración distrital y su propósito se puede evidenciar, entre otras muchas diligencias, en el oficio del 5 de septiembre de 2012, suscrito por la procuradora delegada preventiva de la Función Pública y dirigido al señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO PETRO, en el cual la señora procuradora le dice lo siguiente:

> **A través de los medios de comunicación**, hemos tenido conocimiento de su anunció sobre la intención de constituir una empresa pública para la prestación del servicio de aseo en los componentes de recolección, barrido y limpieza en la ciudad, que desde el mes de diciembre de 2012 entraría a operar en el marco del régimen de libertad de entrada y competencia que existe desde el año 2011 en Bogotá, tras la terminación de los contratos de conexión de áreas de servicio exclusivo.[51]
>
> (Negrilla fuera de texto).

Como muestra de que esa decisión fue registrada de manera amplia en los medios de comunicación, basta con observar todos los registros de prensa que obran en el expediente, los cuales, algunos de ellos, fueron allegados en la visita especial que se practicó en la Superintendencia de Industria y Comercio y que obran en los anexos n.° 28 y 29 de la actuación.[52]

Así, para la Sala es claro, por ser un hecho notorio y de público conocimiento, registrado en todas las quejas que se allegaron a la presente actuación y que fueron enunciadas al inicio de la presente decisión, que la decisión de la administración distrital para el segundo semestre de 2012, en cabeza de su alcalde mayor de Bogotá, fue el querer asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a partir del 18 de diciembre de 2012, situación que se

[51] Confróntese con el mencionado oficio, visible en los folios 235 y 236 del anexo 5 de la actuación.
[52] Visita especial practicada el 23 de abril de 2013, cuya acta se encuentra en los folios 285 a 288 del cuaderno original n.° 2 de la actuación.

confirmaría con los hechos sucedidos el 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y por las demás diligencias que se analizarán de manera posterior.

En sexto lugar, el 11 de octubre de 2012, el señor HENRY ROMERO, director (e) de la UAESP, y el señor DIEGO BRAVO, gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (en adelante EAAB), celebraron el contrato interadministrativo 017 de 2012. Este contrato interadministrativo tuvo el siguiente objeto, el cual, entre otras cosas, confirma el propósito de la administración distrital en asumir la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá[53]:

> La gestión y operación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva.
>
> Por el presente contrato el CONTRATISTA asume la prestación del servicio público de aseo, dando cumplimiento a las obligaciones señaladas en la cláusula 3 de este contrato, en toda la ciudad de Bogotá D.C., sin cláusulas de exclusividad.
>
> El servicio de recolección, barrido y limpieza de vías en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final en el Distrito Capital de Bogotá, tendrá una cobertura del ciento por ciento (100%), y se prestará a todos los usuarios y elementos del mobiliario urbano de las localidades que hacen parte de las mismas. En desarrollo del contrato, el CONTRATISTA apoyará la UAESP además para dar cumplimiento a las órdenes de la H. Corte Constitucional impartidas en el Auto 275 de 2011 y al Plan de Metas presentado por la UAESP y avalado en el Auto 084 de 2012 de la misma Corte, en el sentido de garantizar la inclusión de la población recicladora de oficio en el servicio de aseo- componente de aprovechamiento, según los contratos o convenios que celebre la UAESP para el efecto, y remunerando vía tarifa el trabajo que esta población realiza en los componentes de recolección y transporte de residuos sólidos, y del componente de aprovechamiento como costo evitado de disposición final, con base en los modelos tarifarios vigentes expedidos por la CRA.

Con ocasión del anterior contrato interadministrativo entre la UAESP y la EAAB, esta última entidad, en el mes de octubre de 2012, adelantó la invitación pública 804 con un presupuesto de $80.888.107.999 para la adquisición de maquinaria

[53] Conforme a la cláusula primera del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, visible en los folios 11 a 26 del anexo n.° 4 de la actuación.

y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.[54] Fruto de esa invitación se suscribieron los contratos número 1-06-263000848 y 1-06-263000851 de 2012[55], cuyo objeto fue «la adquisición de maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.»[56]

En octavo lugar, el 4 de diciembre de 2012, la EAAB suscribió con la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P. (en adelante Aguas de Bogotá) el contrato n.° 1-07-10200-0809-2012 de 2012 (en adelante contrato n.° 0809 de 2012), para la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá. Este contrato tiene un valor de $116.000.000.000, por un plazo de 4 meses y 14 días a partir del 18 de diciembre de 2012.[57]

En noveno lugar, el 10 de diciembre de 2012, el señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO PETRO expidió el Decreto 564 de 2012, por medio del cual «se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012.». [58]

A través de este decreto se adoptó para la ciudad de Bogotá «un esquema transitorio de prestación del servicio público de aseo», el cual, según el Decreto, era para «garantizar el cumplimiento del programa Bogotá Basura Cero establecido en el Acuerdo n.° 489 de 2012, por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social y Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D. C. 2012 – 2016, y atender la obligación de ejecutar a cabalidad el plan de inclusión de la población recicladora, así como para garantizar la continuidad del servicio en condiciones de calidad y sin discriminación para la totalidad de los habitantes de la ciudad y asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones de prestación, coordinación, supervisión y control del servicio atribuidas por la Constitución Política y la ley al Distrito Capital.»[59]

---

[54] Confróntese con los folios 1 a 22 del anexo n.° 22, documentos que fueron obtenidos en la visita especial a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública del 17 de abril de 2013 (folio 269 del cuaderno original n.° 2 de la actuación).
[55] Ver los folios 23 y siguientes del anexo n.° 22 de la actuación.
[56] Conforme al objeto de la invitación pública n.° 0804 de 2012 de la EAAB, en la medida en que el objeto de los contratos se dice: «El objeto del contrato es el que se indica en los Datos del contrato.» El anexo n.° 3 es el que contiene los datos del contrato, cuyo objeto es el que se señaló en la respectiva invitación. Ver anexo n.° 22 de la actuación.
[57] Confróntese con los folios 1 a 15 del anexo n.° 15 de la actuación.
[58] Confróntese con los folios 45 a 57 del anexo n.° 9 de la actuación. Este Decreto se allegó en la visita especial a la Alcaldía Mayor de Bogotá, diligencia que se observa en los folios 101 y siguientes del cuaderno original n.° 1 de la actuación. Sin embargo, copia de este Decreto también puede observarse en los anexos n.° 1 y 5 de la actuación.
[59] Confróntese con el artículo 2.° del Decreto 564 de 2012.

En décimo lugar, el 14 de diciembre de 2012, el señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO PETRO expidió el Decreto 570 por medio del cual «se decreta el estado de prevención o alerta amarilla para el manejo y control adecuado de los residuos sólidos urbanos generados en el distrito capital dentro del marco de gestión integral de residuos sólidos y se adoptan otras disposiciones.»[60]

Mediante este acto administrativo se decretó el estado de alerta por 4 meses con el objeto de prevenir la amenaza de afectación al medio ambiente y la salud, derivadas de la «transición en el modelo de prestación del servicio público de aseo» en lo referente a residuos sólidos urbanos ordinarios generados en el distrito capital. Igualmente, se autorizó el uso de volquetas con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio de aseo, y vinculó al FOPAE para la presentación de un plan operativo de emergencia, entre otras medidas.[61]

En décimo primer lugar, el 17 de diciembre de 2012, el señor DIEGO BRAVO como gerente de la EAAB, y la señora NELLY MOGOLLÓN, directora de la UAESP, suscribieron el otrosí número 1 al contrato interadministrativo 017 de 2012, adicionando las cláusulas 1 y 35 del contrato en los siguientes términos[62]:

> CLÁUSULA 1.- Adicionar a la "Cláusula 1.- OBJETO", del Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, suscrito entre la UAESP y la EAAB, un parágrafo del siguiente tenor:
>
> "PARÁGRAFO: En el evento en que la UAESP decida contratar con personas diferentes de la EAAB, actividades relacionadas con el servicio público de aseo y sus actividades complementarias en la ciudad de Bogotá, se entenderá para todos los efectos legales y contractuales, que tales actividades se sustraen del objeto del presente contrato, reduciendo así de manera proporcional el 100% de la cobertura asignada al contratista, sin que para ello se requiera mayor formalidad que una comunicación de la UAESP, mediante la cual informe a la EAAB sobre el contrato celebrado, su alcance y la fecha a partir de la cual se dará inicio al mismo.'1
>
> CLÁUSULA 2.- Adicionar la cláusula 35 al contrato interadministrativo, la cual quedará así:
>
> "CLÁUSULA 35. PERÍODO DE TRANSICIÓN Y AJUSTE. Durante los cuatro (4) primeros meses a partir de la expedición del Decreto Distrital No. 570 del 14 de diciembre de 2012, el CONTRATISTA realizará sus obligaciones

[60] Confróntese con los folios 58 a 77 del anexo n.° 9 de la actuación. Este Decreto se allegó en la visita especial a la Alcaldía Mayor de Bogotá, diligencia que se observa en los folios 101 y siguientes del cuaderno original n.° 1 de la actuación. Sin embargo, copia de este Decreto también puede observarse en los anexos n.° 1 y 5 de la actuación.
[61] Ibídem.
[62] Confróntese con los folios 202 a 206 del anexo n.° 21 de la actuación.

> contractuales, en aplicación de dicho acto administrativo, término durante el cual deberá ajustar sus labores operativas para la prestación eficiente del servicio, en los términos del reglamento técnico y operativo que hace parte integral del contrato. En todo caso las frecuencias mínimas durante el periodo de ajuste serán las señaladas previamente en el contrato y en el Reglamento Técnico y Operativo.
>
> Parágrafo Primero: El CONTRATISTA deberá presentar un informe mensual en relación con los ajustes y avances que realice para cumplir de manera eficiente con la prestación del servicio público de aseo.
>
> Parágrafo Segundo: La UAESP tendrá en cuenta el período de transición a que se refiere esta cláusula, a fin de tomar cualquier decisión relacionada con la supervisión y/o interventoría del presente contrato y en especial para lo atinente a los indicadores a que se refiere el numeral 6 del Artículo Primero de la Resolución 151 de 2012 expedida por la UAESP.
>
> CLÁUSULA 3.- El presente documento no constituye novación del Contrato Interadministrativo N° 017 de 2012 suscrito entre la UAESP y la EAAB, el cual continúa vigente excepto en los apartes expresamente modificados a través de este Otrosí.

En décimo segundo lugar, el 17 de diciembre de 2012, la directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN decretó la urgencia manifiesta n.° 728 con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en la capital, y con el propósito de dar cumplimiento a las acciones afirmativas ordenadas por la corte constitucional.

En virtud de esta urgencia manifiesta, la directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN suscribió los siguientes contratos y otrosí para el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá:

1. El 18 de diciembre de 2012, el contrato de operación n.° 257 con Ciudad Limpia, para prestar el servicio de aseo en la zona 6 (localidades de Bosa y Kennedy);

2. El 19 de diciembre de 2012, el contrato n° 260 con Aseo Capital, para prestar el servicio de aseo en la zona 4 (localidades de ciudad bolívar, puente Aranda y Tunjuelito);

3. El 19 de diciembre de 2012, el contrato n.° 261 con LIME, para prestar el servicio de aseo en la zona 1 (localidades de suba y Usaquén);

4. El 21 de diciembre, el contrato n.° 268 con Atesa para prestar el servicio de aseo en la zona 2 (Fontibón y Engativá);

5. El 22 de diciembre de 2012, el otrosí n.°1 al contrato 260, celebrado con Aseo Capital, con el objeto de que esta última empresa prestara «el servicio de aseo integral en las localidades de Chapinero, Santafé y Candelaria y servicio con sistema ampliroll en las localidades de Mártires, Barrios Unidos y Teusaquillo»;

6. El 22 de diciembre de 2012, el otrosí 1 al contrato 261 celebrado con LIME, con el objeto de que esta última empresa prestara «apoyo en la operación del servicio de aseo en las localidades de Usme y San Cristóbal y preste el servicio de recolección de cajas tipo ampliroll para usuarios que lo requieren en las localidades de Usme, Antonio Nariño, San Cristóbal y Rafael Uribe Uribe.»

En décimo tercer y último lugar, durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, la ciudad de Bogotá enfrentó una crisis y emergencia en la prestación del servicio público de aseo. Todos los medios de comunicación registraron este hecho, así como las diferentes entidades del orden nacional y distrital, tales como la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Personería Distrital, el Concejo de Bogotá, entre otras, situación que motivó la interposición de las numerosas quejas que obran en el expediente. Igualmente, siendo la función preventiva uno de los ejes misionales de la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios registró esta situación de emergencia, por medio de diferentes actas y medios audiovisuales.[63] En cuanto a medios audiovisuales que dieron cuenta de esta situación, el señor defensor del Pueblo allegó un CD con los registros noticiosos que dieron cuenta de estos hechos.[64]

4. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE NULIDAD PRESENTADAS POR LOS SUJETOS PROCESALES

Sería el momento en que la Sala Disciplinaria procediera a efectuar el análisis de las pruebas y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas por cada uno de los cargos formulados.

Sin embargo, es necesario, antes que todo, examinar las peticiones de nulidad que han sido presentadas por parte de los sujetos procesales.

[63] Conforme a los anexos 6, 7 y 8 de la presente actuación.
[64] CD visible en el folio 46 del cuaderno original n.° 1 de la presente actuación.

4.1 Violación al principio de *non bis in ídem* en consideración a las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios.

4.1.1 Argumentos de los sujetos procesales

El disciplinado, en el escrito de descargos, y el señor defensor, en el memorial de alegatos de conclusión, manifestaron, por una parte, que la única autoridad competente para imponer sanciones por restricción a la libre competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009. Para ello, se dijo que la similitud entre ambos procesos ― el que se sigue en la Procuraduría General de la Nación y el que se tramita en la Superintendencia de Industria y Comercio― era evidente, pues en ambos se cuestionaba la legalidad del Decreto 564 de 2012, con fundamento en la violación a la libre competencia y, al mismo tiempo, se juzgaba la conducta administrativa de los servidores de la administración distrital, incluso la del alcalde mayor, este último sujeto pasivo de ambos procesos a cargo de dos autoridades administrativas.

Al respecto, el señor defensor cuestionó la tesis de la Procuraduría en cuanto a que la investigación que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio en contra del señor alcalde mayor de Bogotá se fundamentara en los principios de la responsabilidad objetiva, pues afirmó que si bien la Corte Constitucional ha aceptado en forma excepcional y restrictiva la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionatoria, «no es menos cierto que el Decreto 2153 de 1992 en forma expresa prohíbe consagra(sic) el concepto de responsabilidad objetiva».

Para ello, trajo a colación un extracto de la sentencia del 28 de enero de 2010 de la Sección Primera del Consejo de Estado,[65] en la cual se dijo lo siguiente:

> Lo dicho además descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en que la demanda sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1.° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por **objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios.**
>
> (Subrayado y negrillas utilizados por el señor abogado defensor).

[65] Sentencia del 28 de enero de 2010, Sección Primera del Consejo de Estado, C. P. María Claudia Rojas Lasso. Radicación número: 25000-23-24- 000-2001-00364-01).

En tal virtud, explicó que no necesariamente los procedimientos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la libre competencia comportaban, de plano, una responsabilidad objetiva. En todo caso, consideró irrelevante esta discusión para considerar que sí se configuraba una violación al principio de non bis in ídem.

Por la otra, ambos sujetos procesales expresaron que el artículo 370 de la Carta Política de 1991 establece que le corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

En consecuencia, lo anterior suponía que la Procuraduría General de la Nación debía respetar las disposiciones especiales de rango constitucional que sustraían de su órbita de competencias legales de naturaleza preventiva la autodefinición de los supuestos y los elementos de integración de la conducta del alcalde mayor de Bogotá, precisamente en materia de políticas generales de administración de los servicios públicos domiciliarios y, mucho más, la limitaba especialmente en lo que hace al control de eficiencia y al control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten como ocurría en el presente caso.

4.1.2 Consideraciones de la Sala.

La inconformidad presentada por los sujetos procesales tiene una estructura similar al argumento de solicitud de nulidad que en su momento presentó el señor abogado defensor, relacionado con «la falta de competencia para sancionar supuestas violaciones al derecho constitucional de la libre competencia», peticiones que fueron resueltas mediante los autos del 25 de julio de 2013[66] y 12 de agosto de 2013.[67]

Como se dijo en su momento, la Sala debe recordar que es perfectamente posible que un mismo hecho pueda dar lugar a que se adelanten investigaciones de distinta naturaleza, supuesto en el cual no se viola el principio del *non bis in ídem.* En efecto, y conforme a la reiterada jurisprudencia constitucional,[68] la única posibilidad de que se reconozca el principio del *non bis in ídem* es que exista identidad de causa, objeto y persona, pues «solo esa múltiple identidad es la que permite afirmar que se está ante hechos ya

[66] Confróntese con los folios 1195 a 1218 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[67] Confróntese con los folios 1306 a 1327 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[68] En su momento, se citaron, entre otras, las sentencias C-391 de 2002 y C-521 de 2009, proferidas por la Corte Constitucional.

juzgados y, en consecuencia, ante la imposibilidad de que el Estado proceda nuevamente».[69]

En el presente caso, los procesos sancionatorios sobre los cuales los sujetos procesales predican una misma identidad de causa y objeto son de naturaleza completamente distinta. Así, mientras el proceso sancionatorio a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio hace parte de las funciones de inspección, vigilancia y control en lo que tiene que ver con la protección de la competencia económica, el proceso disciplinario tiene como objetivo verificar si los servidores públicos han infringido o no sus deberes funcionales. Sin duda alguna, son dos causas y objetos totalmente distintos.

A lo anterior debe sumarse que la función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios también es completamente diferente, pues ella tiene como objetivo proteger y promover los derechos y los deberes de los usuarios y prestadores de los servicios públicos, misión que se desprende del fundamento constitucional establecido en el artículo 370 de la Constitución Política de Colombia, tal y como lo trajo a colación el señor defensor.

Para justificar el reconocimiento del principio de *non bis in ídem,* el apoderado principal del disciplinado insistió en que la Procuraduría y las Superintendencias son autoridades administrativas*.* Sin embargo, ese argumento no puede ser de recibo, pues como se ha venido insistiendo existen varias expresiones de derecho sancionador que tienen objetos y causas diferentes. Si el señor defensor tuviera razón, irremediablemente tendría que concluirse que las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios también son excluyentes, porque ambas entidades son autoridades administrativas y más cuando la razón de ser de las dos entidades se soporta en las funciones de inspección, vigilancia y control.

No obstante, la Sala reitera que tal forma de razonar no es la correcta, pues también tendrían que llegarse a la conclusión que un mismo hecho excluiría la posibilidad de que se adelanten varios procesos de naturaleza distinta. A manera de ejemplo, es lo que sucede con el juicio de responsabilidad fiscal, a cargo de la Contraloría, frente al proceso disciplinario a cargo de las Oficinas de Control Interno, Personerías o Procuraduría General de la Nación, según corresponda. En ese caso, como ocurre con las Superintendencias, el elemento común es que estas entidades son de origen administrativo, pero los objetivos y causas de las investigaciones a su cargo son totalmente diferentes.

---

[69] Corte Constitucional. Sentencia C – 391 de 2002. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Fundamento jurídico n.° 4.

Incluso, también se ha explicado que un mismo hecho puede provocar la activación de varios procesos sancionatorios administrativos y judiciales; es decir, que se combinen varias expresiones de derecho sancionador tanto de naturaleza administrativa como judicial. Puede suceder, *verbi gratia*, que una misma conducta posibilite simultáneamente la acción de pérdida de investidura, un proceso penal, un proceso disciplinario y un proceso de responsabilidad fiscal, entre otros. Y la razón es simple: todas estas expresiones de derecho sancionador tienen causas y objetos distintos, por lo cual no puede concluirse que haya violación del principio de *non bis in ídem.*

Por otra parte, un argumento nuevo que trajo el señor defensor es que el «Decreto 2153 de 1992 en forma expresa prohíbe el concepto de responsabilidad objetiva». Por esa línea de argumentación, también trajo a colación un extracto de una sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado. [70]

En tal sentido, la Sala debe señalar que no es cierto que el Decreto 2153 de 2002 haya prohibido expresamente consagrar el concepto de responsabilidad objetiva. Francamente, la Sala no observa alguna norma en dicho Decreto que haya hecho referencia a tal concepto en la forma como lo presenta el señor abogado defensor.

Ahora bien, el extracto de la sentencia del 28 de enero de 2010 de la Sección Primera del Consejo de Estado traído a colación por la defensa merece un análisis detenido. Si se observa la cuestión fáctica y jurídica del citado precedente se llegará a la conclusión de que el asunto del debate tenía que ver con «acuerdos contrarios a la competencia», entre ellos el que tuviera por objeto «la fijación directa o indirecta de precios». En tal sentido, es claro que una práctica consistente en un «acuerdo» inobjetablemente tiene un componente subjetivo, tal y como se evidencia en el aparte citado:

> Lo dicho además descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en que la demanda sustentó la imposición de la multa es objetiva, **como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1.° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992,** al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios.
>
> (Las negrillas ahora son de la Sala).

[70] Sentencia del 28 de enero de 2010, Sección Primera del Consejo de Estado, C. P. María Claudia Rojas Lasso. Radicación número: 25000-23-24- 000-2001-00364-01.

De esa manera, el antecedente tiene que ver con una práctica restrictiva que tiene un aspecto subjetivo, porque se trata de un «acuerdo» relacionado con la fijación directa o indirecta de precios, en la forma establecida en el numeral 1.° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual, respecto de esa práctica contraria a derecho, es imposible predicar una responsabilidad objetiva en el sentido más puro de la expresión.

Con todo, lo cierto es que ni el Decreto 2153 de 1992 ni la Ley 1340 de 2009 acogió la categoría de la culpabilidad como un elemento indispensable al momento de evaluar los hechos y conductas que sean atentatorias a la libertad de empresa o a la libre competencia, como sí lo hizo por ejemplo el Código Disciplinario Único en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, norma que tiene la característica de principio rector. Por lo tanto, es absolutamente irrebatible la idea de que las facultades de inspección, vigilancia y control en cabeza de las Superintendencias y la función disciplinaria a cargo de la Procuraduría obedezcan a actuaciones completamente diferentes, lo que imposibilita el reconocimiento del principio de *non bis in ídem* y menos que se pueda predicar alguna situación que condicione una actuación a la otra en términos de prejudicialidad como lo sostiene el mismo disciplinado.

4.2 Falta de competencia «del Procurador» para restringir, limitar o suspender el ejercicio de los derechos políticos de un servidor público de elección popular.

4.2.1 Argumentos de los sujetos procesales.

El señor defensor, tanto en el memorial de descargos como en los alegatos de conclusión, ha insistido en que la Procuraduría General de la Nación no tiene competencia para restringir, limitar o suspender el ejercicio de los derechos políticos de un servidor público de elección popular, de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica».

De manera subsidiaria y en caso de que se aceptara la tesis de que la Procuraduría General de la Nación sí tiene competencia para inhabilitar a un servidor público de elección popular para el ejercicio de sus derechos políticos en «forma permanente», solicitó que debe tenerse en cuenta que ello solo procede cuando la falta disciplinaria investigada está referida a hechos constitutivos de delitos contra el patrimonio público, conforme a una cita efectuada de la sentencia C-028 de 2006 de la Corte Constitucional.

4.2.2 Consideraciones de la Sala.

Frente al argumento principal, relacionado con la falta de competencia de la Procuraduría para investigar y juzgar a servidores públicos elegidos por voto popular, la Sala debe reiterar las razones que fueron expuestas al momento en que se resolvió esta solicitud de nulidad, conforme a las decisiones de 25 de julio de 2013[71] y 12 de agosto de 2013.[72]

En primer lugar, la posición del señor defensor parte de un trato desigual e injustificado. Según el profesional del derecho se debe aplicar el régimen disciplinario del ordenamiento jurídico colombiano para cualquier servidor público (Ley 734 de 2002), pero para aquellos servidores públicos elegidos por voto popular solo se les puede aplicar el Código Penal. En otras palabras, y según dicha interpretación, el servidor público elegido por voto popular podría extralimitarse en sus funciones, no cumplir sus deberes, incurrir en prohibiciones y violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, en la medida en que el Estado Colombiano, en esa particular hipótesis, no podría corregir, vía disciplinaria, dichas afrentas contra el ordenamiento jurídico, como sí lo podría hacer con cualquier otro servidor público.

Por ello, es necesario observar que muchas de las anteriores posibilidades no corresponden en la mayoría de casos con conductas constitutivas de delitos, por lo que, so pretexto de que a los servidores elegidos por voto popular solo los puede investigar un juez penal, tendrían una especie de inmunidad, diferente a la de cualquier servidor público en Colombia.

En segundo lugar, una interpretación como la planteada por la defensa daría al traste con el mandato constitucional de que todo empleo público debe tener funciones detalladas en la ley o el reglamento y que todo servidor, antes de ocupar su cargo, debe prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y la ley (artículo 122 de la C. N.), ya que no habría ningún mecanismo para que dichos deberes se observen, en cumplimiento del correcto ejercicio de la función pública y los principios que la gobiernan (artículo 209 de la C. N.).

En tercer lugar, no es difícil comprender que la posición del señor abogado defensor, respecto del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es totalmente literal y aislada de los pronunciamientos fijados por la Corte Constitucional, los cuales sí están soportados en interpretaciones sistemáticas y teleológicas acordes con otros instrumentos internacionales.

---

[71] Confróntese con los folios 1195 a 1218 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[72] Confróntese con los folios 1306 a 1327 del cuaderno n.° 5 de la actuación.

En efecto, la Sentencia C-028 de 2006 de la Corte Constitucional ha esclarecido el tema de la siguiente manera:

> Así pues, **el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en lo que concierne a las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, en concreto al acceso a cargos públicos por condenas penales, debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional,** los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.
>
> (…)
>
> En este orden de ideas, **la Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias** aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador.
>
> (…)
>
> En el caso concreto, **el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se ha explicado, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos,** con miras a combatir el fenómeno de la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, pero bajo el entendido de que dicha sanción de inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado.
>
> En suma, contrario a lo sostenido por los demandantes, **la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que**

impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica.[73]

(Negrillas fuera de texto).

Es claro, entonces, que la Procuraduría General de la Nación sí es competente para adelantar procesos disciplinarios contra servidores públicos, incluyendo a aquellos que acceden a los cargos públicos por voto popular, y que, según las eventualidades de un proceso disciplinario, dicho organismo de control sí puede imponer correctivos disciplinarios que impliquen la restricción del derecho al acceso o permanencia en cargos públicos.

En cuarto lugar, el señor defensor insistió en su momento en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso decidido el 1.° de septiembre de 2011, sí se había pronunciado sobre la competencia, pues, al analizarse el ejercicio de los derechos políticos y sus restricciones, el referido tribunal fue expreso e inequívoco al concluir que se había configurado la violación de los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana por cuanto se estaba ante una restricción impuesta por vía de sanción, cuando debió tratarse de una condena, por juez competente, en proceso penal.

En tal forma, la Sala recuerda que ese razonamiento es parcialmente cierto, en la medida en que las razones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que han sido expuestas por el señor defensor, están estrictamente relacionadas con la decisión sancionatoria **de carácter accesorio** que impuso el contralor general de la República de dicho Estado, una vez había culminado un proceso sancionatorio.

No obstante, los hechos sobre los cuales se pronunció el alto tribunal internacional son sustancialmente diferentes a los que se dan en el ordenamiento jurídico colombiano: recuérdese que para el caso de Venezuela, en un primer momento, la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República impuso al ciudadano LÓPEZ MENDOZA unas multas a título de sanción principal, una vez culminado el trámite de la respectiva investigación administrativa. En este punto, es donde la Sala ha dicho que la Corte en manera alguna cuestionó la competencia sobre las autoridades administrativas para imponer sanciones en un proceso administrativo. Ahora bien, otra cosa aconteció con la decisión sancionatoria **de**

[73] Fundamentos jurídicos n.° 6.4 y 6.5 de la sentencia C-028 de 2006, con ponencia del magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

carácter accesorio que impuso el contralor general de la República de dicho Estado, una vez había culminado un proceso sancionatorio.

Al respecto, fácil es comprender que el contralor general de la República es un funcionario distinto a la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General, que dicha decisión fue **discrecional** y **accesoria** y, por si fuera poco, que dicha sanción fue un acto consecuencia. En otras palabras, fue una decisión impuesta por fuera del procedimiento administrativo y que se tomó de manera discrecional, una vez culminó la actuación administrativa en donde se sancionó al ciudadano con las respectivas multas, a título de correctivo principal.

En ese orden de ideas, una cosa fueron las multas dentro del procedimiento administrativo y otra muy distinta fue la sanción accesoria impuesta por un funcionario diferente al que sí investigó y juzgó y sin que mediara ninguna clase de proceso administrativo. Por ello, sin temor a equívocos puede decirse que hubo falta de competencia para que se impusiera la sanción accesoria, pero en manera alguna puede tener discusión que las autoridades administrativas, aún en el Estado Venezolano, sean competentes para investigar administrativamente a servidores públicos e imponer correctivos a modo de sanción, como en este caso ocurrió con las citadas multas.

De tal forma, la diferencia expuesta en precedencia es notoria: la violación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual fue detectada por el Tribunal Internacional, está soportada en una decisión por fuera de un procedimiento administrativo, que tenía las características de discrecional y accesoria y, desde luego, por una autoridad que no era competente, en la medida en que quien investigó al referido ciudadano fue la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General y no el contralor general de la República de dicho Estado.

Por ello, la Sala encuentra que la Procuraduría General de la Nación, como cualquier otra autoridad con carácter disciplinario, sí puede imponer correctivos disciplinarios, siempre y cuando no sean medidas discrecionales, se lleven a cabo dentro de los respectivos procesos administrativos y en donde se respeten las normas de competencia que previamente han sido fijadas por la Constitución y las leyes.

En el presente caso, solo el procurador general de la nación es competente para investigar, directamente, o vía delegación con funcionarios especiales —como ocurre con la Sala Disciplinaria—, al señor alcalde mayor de Bogotá, por lo que únicamente en este tipo de procesos es que eventualmente, conforme a los elementos que configuran la responsabilidad, se pueden imponer correctivos disciplinarios que restringen los derechos políticos.

En quinto lugar y derivado de lo anterior, la Procuraduría sí corresponde a un juez natural disciplinario para investigar a los servidores públicos, incluidos los de elección popular, por lo que esta entidad, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, cumple la función material de administrar justicia, muy a pesar de que, por obvias razones, no ejerza jurisdicción penal. Sin embargo, ello en manera alguna es un obstáculo para entender que la Procuraduría sí corresponde a un juez natural que eventualmente puede restringir derechos políticos sin que se afecten los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues estos, leídos de manera armónica y sistemática con otros instrumentos internacionales, sí pueden ser restringidos en virtud de decisiones de carácter sancionatorio impuestas por autoridades administrativas, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-028 de 2006.

En sexto y último lugar, la Sala debe recordar que la eventualidad de la sanción disciplinaria no afecta derechos políticos de forma «ilegal», pues los servidores públicos, incluso aquellos elegidos por voto popular, deben estar sujetos a lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Sería inconveniente, incorrecto y carente de todo sentido una interpretación en la que una vez elegido popularmente un servidor público este quede por fuera del cumplimiento del ordenamiento jurídico, so pretexto de que el eventual resultado de las investigaciones llevadas en su contra le puedan restringir derechos de carácter político, los cuales, en manera alguna, no tienen un carácter absoluto.

Por otra parte, en cuanto al argumento expuesto en forma subsidiaria, y aunque es cierta la cita efectuada por la defensa sobre la sentencia C-028 de 2006 de la Corte Constitucional, la Sala debe hacer una aclaración: en el presente proceso disciplinario jamás se ha expuesto una tesis relacionada con la «inhabilitación permanente» de un servidor público de elección popular. Dicho sea de paso, las inhabilidades como sanción en el régimen disciplinario pueden ser «permanentes», «generales» o «especiales», por lo que la clase de inhabilidad traída a colación por la defensa no es la única.

Ahora bien, en estricto sentido, la tesis que ha defendido la Sala es que la Procuraduría sí es competente para investigar disciplinariamente a servidores públicos elegidos por voto popular —entre ellos el alcalde mayor de Bogotá—, y que en el evento de que se encuentre responsable a cualquier servidor público este deberá estar sujeto a las sanciones establecidas por el legislador en el respectivo estatuto disciplinario.

En consecuencia, la solicitud de nulidad por falta de competencia es improcedente.

4.3 Violación al principio de imparcialidad – Debido proceso.

4.3.1 Argumentos de defensa.

En este aparte, el señor defensor se remitió a las supuestas manifestaciones del pliego de cargos en donde se violó el principio de imparcialidad.

Así mismo, afirmó que dicho principio de imparcialidad «se ha visto comprometido en el contexto de las decisiones adoptadas a lo largo del proceso, así como en la recepción de testimonios donde el funcionario comisionado, en varias oportunidades, al formular preguntas a los testigos indicaba que ya estaba probado en el expediente un hecho y sobre ese hecho formulaba sus preguntas, y, por último, en la inusitada celeridad imprimida» al proceso.

Que, por ello, todo indicaba que «la Procuraduría no ha llevado el proceso con el fin de establecer la verdad de los hechos investigados y quebrar el principio de inocencia como le corresponde, sino simplemente surtir las etapas procesales, porque lo establece la norma, pero que, desde el inicio de la investigación ya tenía definido el resultado final».

Relacionado con lo anterior, también afirmó que «para un régimen constitucional y democrático de derecho, la materia y la función disciplinaria no puede ser instrumento de castigo para imponer la voluntad del superior jerárquico ni del Ministerio Público sobre los contenidos de las decisiones de gobierno y administración, ni para coadministrar a raja tabla, violando la presunción de inocencia y las bases democráticas de la elección popular de alcaldes y la descentralización administrativa».

Sostuvo que en el caso del alcalde GUSTAVO PETRO, «por el desarrollo mismo del proceso, estamos frente al riesgo de ver consumado el triste espectáculo de la perversión del Derecho disciplinario en un momento histórico en que el país debe mirar hacia el futuro y fortalecer sus instituciones y el Estado de Derecho».

Por otra parte, señaló que «la propia Procuraduría conoció de antemano que el tema de las basuras iba a enfrentar momentos excepcionales por la decisión del Alcalde de modificar el modelo de gestión en la prestación del servicio y en la decisión de los operadores privados de no entregar al distrito los equipos necesarios para seguir prestando el servicio sin traumatismos». Que pese a conocer esta situación, «la Procuraduría General de la Nación accionó un proceso disciplinario que jamás debió iniciarse por tratarse de un asunto de gestión y no de una fuente de falta disciplinaria».

Que «todo el andamiaje jurídico legal y constitucional que sustenta la defensa del señor alcalde será inútil si desde la misma Procuraduría se impone, como hasta el momento ha sucedido, un prejuzgamiento de su conducta por el sólo hecho de NO hacer caso a consideraciones de la misma Procuraduría, sobre una materia que corresponde a la función propia y autónoma del alcalde».

Añadió que en el voluminoso expediente «NO hay prueba alguna de que el Alcalde Gustavo Petro haya instruido para actuar por fuera de la ley, ni que lo haya hecho en forma directa, ni indirecta. Por el contrario, cumpliendo con sus funciones, implementó un modelo transitorio que ha garantizado el buen servicio, a la espera de que se licite el nuevo modelo conforme a las órdenes de la Corte Constitucional y los organismos reguladores.

Finalmente, puntualizó diciendo que como jurista y como ciudadano, reclamaba cordura y proporción en el análisis de los hechos para que se hiciera efectivo el derecho a la defensa del alcalde GUSTAVO PETRO. Agregó que el desacuerdo con un gobierno o el estilo de un gobernante lo debían castigar los electores, no los encargados de vigilar las conductas para que no haya corrupción. Que este no era un caso de corrupción, ni de ineptitud.

4.3.2 Consideraciones de la Sala.

En cuanto a la primera inconformidad presentada por el señor defensor a modo de reiteración, la Sala debe insistir en las razones que fueron expuestas al momento en que se resolvió esta solicitud de nulidad, conforme a las decisiones de 25 de julio de 2013[74] y 12 de agosto de 2013.[75]

En efecto, la forma en que se explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas que soportaron cada uno de los cargos formulados no afectaron el principio de imparcialidad. Es menester recordar que la «responsabilidad disciplinaria» en un concepto amplio que involucra la verificación, con el grado de certeza, de que una persona cometió una conducta típica, sustancialmente ilícita y culpable. Entre tanto, la formulación del pliego de cargos es un juicio de probabilidad máxima[76] que comprende la demostración objetiva de la falta y la prueba que «comprometa» la responsabilidad (en sentido de culpabilidad) del disciplinado.

[74] Confróntese con los folios 1195 a 1218 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[75] Confróntese con los folios 1306 a 1327 del cuaderno n.° 5 de la actuación.
[76] SÁNCHEZ HERRERA Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Tercera edición. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2012. Pág. 218 y 219.

Por ello se ha dicho que es imposible que un pliego de cargos pueda dar por «sentada» la responsabilidad de un disciplinado, ya que la consecuencia de dicha providencia es la de que los sujetos procesales puedan rendir los descargos, solicitar y participar en la práctica de pruebas y presentar los alegatos de conclusión previos al fallo.

Ahora bien, en el presente caso, la forma de redactar cada uno de los cargos atendió a dicha teleología, pues se repite que al momento de precisar cada una de las conductas siempre se utilizaron las expresiones «con el anterior comportamiento el disciplinado **posiblemente** incurrió en la falta disciplinaria…», forma que ratifica el juicio provisional y de probabilidad en cuanto a la presunta responsabilidad del disciplinado.

De esa manera, en el momento de proferir la decisión de cargos, la Sala evaluó las pruebas que hasta esa oportunidad habían sido recaudadas, arrojando, entre otras conclusiones, que la suscripción de los convenios celebrados entre la UAESP y la EAAB y Aguas de Bogotá fueron irregulares y que dichas celebraciones fueron determinadas por el disciplinado. Pero, en manera alguna, la decisión de cargos dijo, con el grado de certeza requerido, que el disciplinado era culpable o, en últimas, responsable de los comportamientos atribuidos, pues existen múltiples factores que pueden desvirtuar la responsabilidad, muy a pesar de la demostración de ciertos hechos que le interesan al proceso disciplinario.

Con todo, también se ha explicado que los hechos que le interesan a un proceso y que son concluidos en una decisión de cargos no tienen la condición de inmutables o infalibles, pues precisamente las pruebas que se practiquen en juicio y los alegatos de los sujetos procesales podrán rebatirlos, negarlos, desvirtuarlos o, incluso, justificarlos. Es más, puede suceder que dichas conclusiones se mantengan incólumes, pero que el disciplinado resulte ser no responsable, bien porque puede pasar que se demuestre que la conducta es atípica, que no sea atribuible el comportamiento, que falte la ilicitud sustancial, que haya una causa de justificación o porque, muy a pesar de cumplirse todo lo anterior, se concluya que el autor no fue culpable.

Por lo tanto, no pueden confundirse los hechos, las circunstancias de tiempo modo y lugar y, hasta sí se quiere, algunas infracciones de orden contractual, con todos los elementos que deben demostrarse con el grado de certeza para estimar la responsabilidad disciplinaria. Incluso, no puede equipararse la sola realización de una falta disciplinaria en su sentido típico u objetivo, con el concepto amplio de responsabilidad que involucra de manera imprescindible las categorías de la ilicitud sustancial y la culpabilidad. La responsabilidad es una convicción definitiva y necesaria para poder imponer un correctivo disciplinario, aspecto sobre la cual se debe referir el juez en el momento en que culminen

todas las etapas del proceso, a partir de la valoración racional de todas las pruebas y argumentos discutidos en el respectivo juicio.

Por otra parte y en cuanto al restante número de señalamientos, la Sala observa que el señor defensor acudió a una serie de afirmaciones carentes del más mínimo respaldo probatorio, las que además fueron presentadas de forma acumulativa y combinada para dar la apariencia de una supuesta violación al principio de imparcialidad.

En efecto, se dice que el principio de imparcialidad se ha visto comprometido en el contexto de las decisiones adoptadas a lo largo del proceso, pero sin decirse cuáles son las razones de esa afirmación. Seguidamente, se dice que el funcionario comisionado, en la práctica de testimonios y en varias oportunidades, al formular las preguntas a los testigos, indicaba que ya estaba probado en el expediente un hecho y que sobre ese hecho se formulaban preguntas, pero sin explicar de qué manera ello es irregular y de qué forma ello puede incidir en la valoración de la prueba. Es más, la experiencia enseña que en la práctica de los testimonios es necesario poner de presente a los testigos hechos, documentos y cuestiones obrantes en el proceso para que los testigos se refieran a ellos. En el presente caso, todas las declaraciones fueron recibidas en medio audio visual y con la asistencia de los señores defensores, por lo que es apenas lógico exigir una mejor argumentación frente a un cuestionamiento tan general y que en últimas se limita a una simple insinuación. Y, a falta de más argumentos, se dijo que en el presente caso hubo una inusitada celeridad imprimida al proceso, sin explicar en qué consiste esa celeridad y la razón por la cual ello es irregular, cuando precisamente este es un concepto que está elevado a rango de principio constitucional, de conformidad con lo señalado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

En consecuencia, no es cierto que todo indique que «la Procuraduría no ha llevado el proceso con el fin de establecer la verdad de los hechos investigados y quebrar el principio de inocencia como le corresponde». Por el contrario, la Sala ha tramitado la presente actuación disciplinaria con el respeto debido de las garantías y derechos en cabeza del disciplinado: en todas las etapas del proceso el investigado siempre ha contado con un abogado de confianza; se han comunicado y notificado a los sujetos procesales cada una de las decisiones adoptadas; aquellos han contado con la posibilidad de interponer recursos, obtener copias, participar en todas las pruebas y ejercer actos de defensa, como la presentación de la versión libre, descargos y alegatos de conclusión.

Conforme a lo anterior, es indiscutible que algunos comentarios adicionales no dejan de ser ligeros, para reforzar la idea de una supuesta violación al principio de imparcialidad, pues es imposible que la Sala Disciplinaria, en virtud de la

delegación efectuada por el señor procurador general de la nación, «definiera desde el inicio de la investigación el resultado del proceso». Igualmente, es inconcebible que se diga que la tramitación de este proceso signifique un «instrumento de castigo», «una forma de coadministrar a raja tabla» o la manera de «violar la presunción de inocencia y las bases democráticas de la elección popular de alcaldes y la descentralización administrativa». Del mismo modo, el ejercicio de la función disciplinaria no puede equiparse con un «triste espectáculo de la perversión del Derecho disciplinario», pues, contrariamente, el adelantamiento de este proceso como el de cualquier otro sencillamente deriva en un deber constitucional y legal en cabeza de la autoridad competente disciplinaria.

Por último, no es exacto afirmar que «la propia Procuraduría conoció de antemano que el tema de las basuras iba a enfrentar momentos excepcionales por la decisión del Alcalde de modificar el modelo de gestión en la prestación del servicio y en la decisión de los operadores privados de no entregar al distrito los equipos necesarios para seguir prestando el servicio sin traumatismos» y que por ello la misma Procuraduría «accionó un proceso disciplinario que jamás debió iniciarse por tratarse de un asunto de gestión y no de una fuente de falta disciplinaria».

Varias razones pueden esgrimirse para corregir el equívoco de la defensa: 1. No solo fue la Procuraduría en sus dependencias con funciones preventivas las que brindaron elementos de juicio para advertir los riesgos e irregularidades que se derivarían con las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá, sino además la Contraloría Distrital de Bogotá y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entre otras. Además, en virtud de esas decisiones algunos órganos políticos activaron sus mecanismos de control ante las decisiones que estaba tomando y que iba a tomar la administración distrital, en cabeza de su alcalde mayor; por ello se presentaron los diferentes debates ante el Concejo Distrital y el Congreso de la República, este último en donde asistió el disciplinado; 2. Es completamente diferente la función preventiva y de acompañamiento que hizo la Procuraduría durante el segundo semestre del año 2012, a la función disciplinaria que está en cabeza del procurador general de la nación y la cual fue delegada en la Sala Disciplinaria; 3. En virtud de lo anterior, la razón del inicio del presente proceso disciplinario no fue por el conocimiento previo que tenía la entidad dado su función preventiva, sino las varias quejas que se recibieron por distintas autoridades y ciudadanos en contra del señor alcalde mayor de Bogotá; y 4. Las conductas investigadas en la presente actuación no son simplemente un asunto de gestión: se trata de hechos disciplinariamente relevantes que tuvieron una incidencia contractual, constitucional y ambiental.

En ese orden, la administración celebró contratos interadministrativos en donde se invirtieron cuantiosos recursos para que las entidades públicas sin

experiencia y capacidad asumieran la prestación del servicio público de aseo, amén de otras contrataciones que le han significado costos considerables al Distrito de Bogotá; se expidió un Decreto implementando un esquema de prestación de servicio no contemplado en la ley, con el cual se limitó el principio de la libertad de empresa; y, finalmente, se expidió un Decreto en donde se autorizó el uso de vehículos volquetas, cuando las normas reglamentarias indicaban que para la prestación del servicio público para la ciudad de Bogotá debía utilizarse vehículos compactadores, aspecto que inobservó el alcalde mayor y que fue una de las causas que generó la crisis en la ciudad capital durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

En ese orden de ideas, la razón de ser del presente proceso disciplinario no estriba en un prejuzgamiento por no haber seguido las recomendaciones de la misma entidad que ahora lo está investigando. Por el contrario, el fundamento es las varias quejas que se han elevado contra el señor alcalde mayor de Bogotá por las decisiones por él adoptadas en el segundo semestre del año 2012, las cuales han tenido una incidencia disciplinaria, situación que debe precisamente resolverse en la presente decisión. En tal forma, la cuestión de establecer si hay pruebas o no en el «voluminoso expediente» es precisamente uno de los aspectos que debe resolver la Sala Disciplinaria, para lo cual será necesario analizar los cargos formulados, los argumentos de defensa presentados por los sujetos procesales y las pruebas que obran en el proceso.

Así las cosas, lo anterior es precisamente la «cordura y proporción en el análisis de los hechos» que reclama el señor defensor del disciplinado, situación que es totalmente ajena y contraria a un supuesto «desacuerdo» de esta entidad con la forma o estilo de gobierno de la ciudad de Bogotá. La decisión que en este momento adoptará la Sala Disciplinaria estará soportada únicamente en las pruebas obrantes en la actuación, premisa que descarta cualquier señalamiento sobre una supuesta violación al principio de imparcialidad.

4.4 Conclusión

Conforme a lo expuesto, los argumentos presentados por los sujetos procesales tendientes a que se declare la nulidad de la actuación no están llamados a prosperar.

Por tal razón, en los numerales siguientes, se procederá a efectuar la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas por parte de los sujetos procesales, con el respectivo análisis de las pruebas por cada uno de los reproches formulados.

5. DE LOS CARGOS FORMULADOS.

Conforme a la decisión de cargos de la Sala Disciplinaria, adoptada mediante el auto de 20 de junio de 2013, se determinó que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá podría ver comprometida su responsabilidad por tres hechos puntuales así:

1. Por la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. (EAAB), así como la suscripción del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 4 de diciembre de 2012, suscrito entre la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá E. S. P.

2. Por la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012; y

3. Por la expedición del Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012.

De esa manera, los cargos formulados fueron los siguientes:

1. **Por la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 1-07-10200-0809-2012 del 4 de diciembre de 2012:**

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 Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de 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.

Se determinó que con el anterior comportamiento, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, posiblemente incurrió en la falta disciplinaria

gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 31. **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.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

El cargo que se le formuló al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hizo a título de dolo y en la modalidad de determinador, forma de autoría para la realización de una falta disciplinaria, contemplada en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> ARTÍCULO 26. AUTORES. **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.
>
> (Negrillas fuera de texto).

2. Por la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012:

Haber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, impidiéndose que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital.

Se determinó que con el anterior comportamiento, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, posiblemente incurrió en la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante.

El cargo que se le formuló al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hizo a título de dolo.

3. Por la expedición del Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012:

Haber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, «con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios», pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente.

Se determinó que con el anterior comportamiento, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, posiblemente incurrió en la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 37. **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.**
>
> (Negrilla fuera de texto).

El cargo que se le formuló al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hizo a título de culpa gravísima.

6. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SUJETOS PROCESALES EN LOS DESCARGOS CON EL ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN LA ACTUACIÓN.

6.1 Por parte del disciplinado.

6.1.1 Argumentos comunes a los tres cargos formulados.

6.1.1.1 Razones presentadas por el disciplinado.

Luego de que se hicieran algunas reflexiones generales sobre el principio de presunción de inocencia y el principio de legalidad de las actuaciones de las autoridades públicas, el disciplinado efectuó una serie de consideraciones iniciales sobre el auto mediante el cual se le formularon los cargos, respecto del cual aseguró que estaba construido alrededor de un conjunto de prejuicios de tipo ideológico. Ellos fueron los siguientes:

1. En primer lugar y enseguida de que resaltó que el servicio de aseo era un bien público, afirmó que el mercado del aseo en Bogotá, después de las decisiones tomadas en el año 2012, presenta mucha más competencia que la que existía en los años anteriores; que no solo se mantienen en operación, en la modalidad de RBL, las cuatro empresas privadas que eran beneficiarías de los contratos de concesión, sino que aparece un prestador público del servicio con tal fortaleza que ya opera el servicio de aseo en la mitad de la ciudad y adicionalmente se reconoce a miles de pequeños prestadores del servicio de aseo bajo la modalidad de aprovechamiento y reciclaje AR. Así, según él, lo que hizo fue aumentar la competencia en el mercado del aseo a partir de consolidar un operador público, y de reconocer el servicio de aseo a miles de recicladores de la ciudad como lo ordenaba la Corte Constitucional.

2. En segundo lugar, sostuvo que el anterior esquema de Áreas de Servicio Exclusivo de Aseo (ASES) y la generación de un cartel de cuatro contratistas privados habían originado la construcción de enormes barreras de entrada al mercado de aseo de la ciudad de Bogotá, que provocaron la construcción de un sistema de precios del aseo o tarifas contrario a los intereses de los consumidores o usuarios y, además, propició inconstitucionalmente la vulneración de los derechos de una población discriminada, como lo era la de los recicladores de oficio de la ciudad.

3. En tercer lugar, resaltó que una de sus primeras inquietudes alrededor del servicio del aseo en la ciudad de Bogotá fue constatar la existencia de un sistema de transferencia de rentas hacia los cuatro oferentes contratados, debido a la debilidad de la UAESP y su influencia en esta institución pública. Para ello, agregó que la Contraloría General de la República logró evidenciar la captación exorbitante e irregular de dineros de los usuarios pagados a través de las tarifas contractuales fijadas por la UAESP. Añadió que ese cálculo era de cerca de 500.000 millones pagados en exceso, utilizando instrumentos como el fondo fiduciario que controlaban, el doble pago de limpieza de calles, por fórmula y por pesaje en el relleno sanitario de los materiales, el cobro de amortización de vehículos cuando ya estaban amortizados, entre otros, que mostraban con claridad que lo que se construyó en la ciudad de Bogotá fue un proceso de cartelización económica del servicio de aseo que hicieron suyo.

Así, a modo de complemento y reiteración, destacó que el «derrumbe de la licitación del año 2011» por orden de la Corte Constitucional, la orden dada para asegurar la entrada de miles de recicladores a ser remunerados por las tarifas en pago a sus servicios y en condiciones de igualdad material y la entrada de un operador público al mercado derrumbaron las barreras de entrada que se habían construido. Que por ello, y contrario al prejuicio establecido y proclamado por la Procuraduría en el pliego de cargos, el Alcalde de Bogotá «descartelizó el servicio de aseo» e introdujo múltiples formas de competencia y una evidente pluralidad de oferentes. Sobre este aspecto agregó que si el prejuicio de la Procuraduría fuera cierto, «en el sentido de que lo que hicimos fue eliminar la libre competencia y crear un monopolio», las decisiones del alcalde y la entrada de los recicladores al mercado y del operador público hubieran redundado en un mayor precio del servicio a los usuarios. Al respecto, agregó que se logró una reducción del precio del servicio de aseo y que se derribaron barreras a la entrada constituidas por el «cartel de los operadores privados».

4. En cuarto lugar y en relación con algunas consideraciones relacionadas con el anterior argumento, manifestó que «la actual fortaleza del operador público en el mercado, con el 50% de la operación y el 80% de prestación del servicio de RBL en la ciudad, con una flota nueva de alta tecnología», contradecía el primer cargo formulado. Por el contrario, que llegar a esa posición en el mercado en menos de seis meses desde el inicio de la operación no se hubiera logrado, si la EAAB no hubiese tenido la suficiente capacidad financiera y operativa desde un comienzo.

5. En quinto lugar, señaló que la Procuraduría, para tratar de comprobar un prejuicio en contra de la capacidad operativa de la EAAB, adujo que esta no contaba con la flota para asumir la recolección de residuos para el 18 de diciembre, pero olvidando de manera muy extraña que por ley la flota que tenía que garantizar la operación del servicio de aseo era la misma que se había

usado en los años anteriores y que ya había sido pagada por los usuarios en virtud del contrato de concesión y de la cláusula de reversión obligatoria. Además, en cuanto a la flota de compactadores, sostuvo que la Procuraduría la atribuyó para calificar de «idóneos» a unos operadores privados, entre ellos a Atesa, Ciudad Limpia, Aseo Capital y Lime, concesionarios desde el 2003 en el esquema de ASES de la ciudad de Bogotá. Precisó que la flota de compactadores no era de esas empresas, sino que era propiedad del Distrito en virtud del contrato de concesión.

6. En sexto lugar, refirió que la Procuraduría tenía que mostrar la supuesta incapacidad de la EAAB en los hechos acaecidos alrededor del aseo para los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, aduciendo que se dejó de recoger residuos y que hubo que utilizar volquetas para su recolección. Sin embargo, añadió que la Procuraduría olvidó, de manera extraña, que, en esos días y solo porque entraba en operación un oferente público, se elevaron barreras a la entrada de ese nuevo operador en el mercado consistentes en que los concesionarios privados del aseo dejaron de recoger miles de toneladas de basura desde el día 13 de diciembre como estaba plenamente demostrado por los registros de entrada y pesaje en el relleno sanitario de Doña Juana, que elevaron la cantidad de residuos a recoger de manera exorbitante y presuntamente criminal, sino que además incumplieron irregularmente con la cláusula de reversión que debía garantizar la indispensable, necesaria, debida y obligatoria continuidad de la prestación del servicio.

7. En séptimo lugar, argumentó que lo que demostró la superación de la crisis organizada por terceros premeditadamente en los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 y el crecimiento de la operación del operador público hasta llegar al 50% de la ciudad en apenas seis meses era precisamente la capacidad económica y la experiencia operativa de la EAAB, contrario a lo expuesto en el pliego de cargos.

8. En octavo lugar, dijo que la Procuraduría interpretó erradamente el Decreto 564 de 2012, pues, verbigracia, en el artículo 9 del Decreto 564 del 2012 se estipuló la necesidad de condicionar el uso del relleno sanitario a un contrato con la UAESP para cualquier operador, pero que tal condición estaba referida con el uso técnico del relleno y no con una barrera de entrada. Añadió que el relleno sanitario de Doña Juana estaba a punto de colmar su espacio y la entidad planificadora del aseo en la ciudad de Bogotá tenía la obligación de garantizar su mejor uso. Al respecto, también agregó que «hoy» normativamente cualquier operador que consolidara un contrato con la UAESP donde se garantizara el respeto al sistema de AR que va por separado y el uso adecuado del relleno podía acceder al mercado del aseo en la modalidad RBL en la ciudad de Bogotá.

9. En noveno lugar, puntualizó que el escrito de la Procuraduría mostraba una enorme contradicción, pues, por una parte, afirmaba que la EAAB no tenía capacidad para asumir el servicio de aseo de la ciudad, mientras que por la otra decía que se rompía con el principio de libre empresa y competencia en el mercado de los servicios públicos; es decir, que la EAAB sí tenía, entonces, la suficiente capacidad para excluir del mercado el resto de operadores.

10. En décimo lugar, el disciplinado proclamó varios cuestionamientos, a modo de interrogante. Ellos fueron los siguientes:

a. «¿Cómo puede una institución como la Procuraduría llegar a afirmar que el Decreto 564 del 2012, que introduce medidas para la aplicación del Auto 275 de 2011 y permite la remuneración de los recicladores, impide la competencia y la libre empresa en la ciudad?»;

b. «¿Para la Procuraduría (la) libre empresa es solo la que representan los antiguos concesionarios privados del aseo?»;

c. «¿Para la Procuraduría no hay libre empresa si una empresa pública decide operar el servicio, sin exclusividad?»;

d. «Peor aún, ¿para la Procuraduría no hay libre empresa si miles de oferentes entran de manera reconocida a ofertar su servicio de aseo con aprovechamiento en la ciudad?»;

e. «¿Cómo una entidad puede olvidarse de la definición básica de libre empresa y competencia, al adjudicarle al Decreto 564 de 2012 que es el que permite reconocidamente la entrada de miles de oferentes del servicio de aseo en la ciudad, el papel de destruir la competencia?»;

f. «¿O acaso esa invisibilidad de la entrada de miles de oferentes del servicio de aseo de manera reconocida que aparece en el escrito de crítica al Decreto 564 de 2012 que hace la Procuraduría no es más que un sesgo ideológico?»;

g. «¿Por qué para el autor del escrito no valen para la libre competencia los miles de oferentes recicladores, sino los cuatro antiguos concesionarios privados del aseo?»;

h. «¿No hay aquí una ruptura del principio de imparcialidad que guía el servicio público de acuerdo a la Constitución, pero por parte del escritor del pliego de cargos de la Procuraduría y que es el que me endilga?» (sic)

Así y luego de efectuar estas preguntas, el disciplinado afirmó que el Decreto 564 de 2012 no impedía la libre competencia y empresa; que al contrario la fortalecía en el servicio de aseo al permitir la entrada de operadores públicos y «de miles de oferentes privados al servicio de aseo de la ciudad». Que, por ello, la consecuencia inmediata a la implementación del Decreto 564 de 2012 era la caída del precio del servicio de aseo de la ciudad en beneficio del interés de los usuarios, que era lo que tenía que esperarse, si la teoría económica estaba en lo cierto acerca del desmantelamiento de condiciones de cartelización económica y traía como consecuencia la disminución del precio hasta el costo marginal.

11. En décimo primer lugar, refirió que no dejaba de llamar la atención el escrito de la Procuraduría cuando sugería que los recicladores podrían esperar su remuneración hasta la nueva licitación de ASES, áreas de uso exclusivo, mostrando así, por completo, el prejuicio ideológico. Replicó, a modo de pregunta, el por qué los recicladores tendrían que esperar, pues la Corte Constitucional había priorizado sus intereses como población vulnerada que gozaba de especial atención y de protección constitucional. Se cuestionó si la Procuraduría diferenciaba el prestador que fue concesionario del prestador que es reciclador, señalando una posible nueva discriminación. Así, advirtió que la Procuraduría no veía que toda una licitación con miles de millones de pesos de inversión se había caído en el 2011 porque el Distrito venía incumpliendo las órdenes de inclusión material y subjetiva de la población recicladora desde el año 2003. Para ello, aseveró que el yerro de la Procuraduría en este aspecto era mayor, para lo cual trajo la siguiente cita del auto n.° 275 de la Corte Constitucional:

> 7. Tal como se indicó en la sentencia C-309 de 1997, los derechos constitucionales no pueden ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar únicamente sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos fundamentales e individuales son precisamente limitaciones al principio de mayoría. Sobre el punto ha referido esta Corte que "(...) condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia especifica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas"22. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente primordial integrante del interés general.

De esa manera, el disciplinado aseveró que el pliego de cargos seguía la opinión de la procuradora delegada preventiva para la Función Pública, la cual no se compartía y que consistía en que los derechos de la población recicladora se podían aplazar, «privilegiando los de los operarios del RBL tradicional, lo cual no es más que la sugerencia de supeditar el interés general al interés particular, cosa que la Constitución de Colombia y su Estado Social de Derecho

prohíben.» Para ello y justificando si la Procuraduría tenía alguna duda de ello, hizo la transcripción de los siguientes párrafos del Auto 275 de 2011 de la Corte Constitucional:

> De allí que el hecho de privilegiar los derechos del trabajo y la dignidad humana de las minorías dedicadas al reciclaje por encima de las expectativas comerciales de los particulares que participan en condición de oferentes y que bien pueden hacerse presentes en futuros procesos de selección, no encuentra reparo alguno para esta Sala de Revisión en la medida que no se conculcan derechos fundamentales sino por el contrario se garantiza su realización en favor de la población menos favorecida.
>
> Cabe precisar que esta Corporación expuso sobre lo anterior, en la sentencia T- 291 de 200932, que "(...) existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad (...)". Adicionalmente, en esa providencia se destacó que "(...) la Constitución prohíbe, tanto las llamadas discriminaciones directas -actos que apelan a criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, para coartar o excluir a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las discriminaciones indirectas - las que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado.

12. En décimo segundo lugar, señaló que la intención inicial y permanente del Alcalde, en relación con el Decreto 564 de 2012, no era construir un monopolio público del servicio, sino, al contrario, «permitir la entrada de miles de oferentes, bajar las tarifas a los usuarios, mejorar permanentemente la tecnología, y hacer transitar el modelo de RBL, recolección, barrido y limpieza con disposición final, al de AR, que es como se conoce el programa Basuras Cero.». Al respecto, agregó que por parte de la Procuraduría había otro yerro de carácter ideológico, el cual era decir que el Decreto 564 de 2012 era evidentemente irregular y en contra de la normatividad, lo cual era una frase llena de prejuzgamiento, ya que el Decreto 564 de 2012 gozaba hoy de presunción de legalidad y al ser demandado, el juez contencioso administrativo prescribió que no era evidente su ilegalidad para una suspensión inmediata.

13. En décimo tercer lugar y frente la reiteración de algunos cuestionamientos que hizo a modo de interrogante, se destacan las siguientes:

> «¿Acaso el modelo AR, reciclaje y aprovechamiento, que es el objetivo de modelo o Esquema de aseo para Bogotá aprobado en

> el plan de desarrollo y llamado Basuras Cero, es ilegal?» «¿La Procuraduría puede señalar una sola norma en donde el modelo AR de aseo es inconstitucional o ilegal?

En tal sentido, el disciplinado adujó que una afirmación así chocaría contra el pensamiento científico mundial que sabe que la mitigación del cambio climático obliga a la reutilización del máximo posible de residuos de las sociedades. Por ello, pensar que el Decreto 564 de 2012 era ilegal, dado que se propuso un esquema de aseo de separación en la fuente obligatoria para el usuario y de remuneración a los recicladores, iba en contra de la esencia misma de la Constitución ecológica.

Adicionalmente, sostuvo que en su campaña electoral hizo explícita la necesidad para Bogotá de dejar de usar progresivamente el relleno sanitario y pasar a la reutilización y aprovechamiento de residuos y que por dichas tesis programática votó la ciudadanía mayoritariamente; así, ello hizo parte del mandato ciudadano y quedó decidido en el plan de desarrollo votado por el Concejo de la ciudad como programa «Basuras Cero».

14. En décimo cuarto y último lugar, el disciplinado ofreció un buen número de argumentos los cuales tuvieron como objetivo común justificar la expedición del Decreto 564 de 2012. Así y luego de citar el artículo 2 del Decreto 564 de 2012, cuestionó que la Procuraduría llamara «un modelo ilegal» por haberse mencionado la palabra «tránsito» o «esquema transitorio», pues el tránsito era el cambio del modelo RBL tradicional al modelo AR o "Basuras Cero" que se expresaba en el Decreto 564 del 2012 y que en su concepto, como autoridad constitucional del Distrito Capital, ambos esquemas de aseo eran legales en Colombia y el tránsito de un esquema a otro era también legal en el país.

Por ello y luego de traer a colación nuevamente el auto 275 de 2011 de la Corte constitucional, recalcó que los únicos beneficiarios del aprovechamiento y reciclaje de la ciudad era la población de recicladores de oficio de la ciudad, para lo cual debía ser censada. Entonces —agregó—, de acuerdo al programa «Basuras Cero», el tránsito de un modelo de aseo RBL tradicional que progresivamente reducía su importancia en volumen de toneladas de recolección hacia uno de AR que progresivamente aumentaba su importancia en los mismos términos, implicaba también el tránsito de importancia en el mercado de los beneficiarios de la operación del aseo RBL, «de los concesionarios antiguos, que gozan de especial protección del escritor del pliego, y del OPERADOR PUBLICO, léase bien, operadores todos del esquema RBL, a los integrantes de la población recicladora de oficio de la ciudad de Bogotá, que por sentencia constitucional son los únicos beneficiarios del reciclaje de la ciudad y que gozan de especial protección constitucional en el creciente esquema de aseo AR.» En tal forma, concluyó que el Decreto 564 de

2012, al instituir y reconocer el esquema AR en el servicio de aseo y extenderlo progresivamente al 100% de los residuos, no buscaba eliminar la libre competencia, ni mucho menos imponer un monopolio público, por el contrario, que iba hacia una participación amplia de los privados en el servicio, pero de carácter democrático, pues se daba especial énfasis no a grandes empresas privadas sino a los recicladores.

De esa manera, el disciplinado continuó explicando que, al privilegiar la prestación del servicio de aseo en un esquema donde lo prioritario era el aprovechamiento y el reciclaje, este servicio quedaría en manos de la población recicladora —aún en sacrificio del operador público—, a quienes se les brindarían todas las herramientas para que superaran el *statu quo* y se organizaran como empresarios, tal como el mismo Auto 275 de 2011 lo prohijaba. Por ello, en esas condiciones, la población recicladora podía organizarse para que, en un futuro, recogiera la totalidad de los residuos con destino a su aprovechamiento, que era precisamente la actividad que debía llegar al 100% de los residuos dentro del programa Basura Cero.

Por eso, afirmó que la operación pública del aseo o de los operadores tradicionales de RBL debía tender a desaparecer o, por lo menos, ser mínima, en la ciudad de Bogotá, pero no en virtud del Decreto 564 de 2012, sino en virtud del Auto 275 de 2011 de la Corte Constitucional y del programa «Basuras Cero», que era réplica del desarrollo de la humanidad en el ejercicio del derecho a un ambiente sano y la conservación del planeta y del Decreto 1713 de 2002 y del Decreto 1505 de 2003.

De similar modo, el disciplinado refirió que no comprendía cómo el pliego de cargos pudo llegar a la conclusión de que lo que proponía el Alcalde de manera premeditada era la creación de un monopolio público con barreras a la entrada en el mercado de aseo y que la transitoriedad que se proponía en el Decreto 564 de 2012 hacía referencia a la construcción de ese monopolio público al que se había llamado un modelo irregular y evidentemente ilegal. Igualmente, que para llegar a tal conclusión el pliego tenía que invisibilizar la presencia de los recicladores, tenía que ignorar la orden del Auto 275 de 2011 de hacerlos exclusivos beneficiarios de la actividad del reciclaje y tenía que desconocer los principios del programa basura Cero y su pertinencia mundial, y el tránsito de los modelos tradicionales de RBL hacia los modelos de aprovechamiento y reciclaje.

En tal forma y para ahondar en esta explicación, expuso las siguientes ideas:

a. El alcalde no iba tras la operación monopólica de un operador público.

b. El objetivo fue la implementación de un modelo de aseo en el que el aprovechamiento y gestión de los residuos sólidos fuera privilegiado y,

por tanto, que esa labor tuviera como prestadores del servicio de aseo a miles de familias recicladoras, a quienes se debía potenciar económica, técnicamente y organizacionalmente como empresarios privados.

c. La Corte Constitucional no planteó un esquema de libre competencia entre los operadores del esquema AR, de aprovechamiento y reciclaje, y los operadores del RBL.

d. Los dos esquemas, AR y RBL, van por vías separadas, en tiempos separados, con operadores claramente diferenciados e independientes entre sí y aunque coexisten, transitoriamente, es necesario que el Estado fortaleza y priorice el esquema AR, por ser más amigable con el medio ambiente.

e. Para este objetivo, la separación en la fuente por parte de los usuarios en residuos aprovechables y no aprovechables es fundamental, como lo expresó la Corte Constitucional. Por ello, la política de inclusión de los recicladores en condiciones de igualdad material en el servicio de aseo que ordena la Corte Constitucional presupone una seria actividad de separación en la fuente de los residuos por parte de los usuarios del aseo con un propósito que los esquemas de RBL y de AR no compitan entre sí en detrimento de los recicladores. Para ello, así lo contempló el artículo 3 del Decreto 564 de 2012.

f. Por tanto y de manera transitoria, lo que la administración distrital estaba obligada a crear era una separación entre los dos modelos el de RBL y el AR que permitiese que el primero no redujera al segundo sino al revés, de tal manera que se garantizaran los derechos a la población recicladora dentro del modelo de aseo, no solo respecto al desarrollo de su trabajo empresarial, sino a su remuneración de la tarifa de aseo.

g. Los artículos 10, 11, 14 y 15 del Decreto 564 del 2012 prescriben los lineamientos generales de la separación en la fuente, la remuneración a recicladores, la separación del esquema de RBL del de AR, pero para llegar a una conclusión de la «evidente ilegalidad» del Decreto 564 del 2012 como se hace en el pliego de cargos hay que desconocer las consecuencias inmediatas de las órdenes impartidas por el auto 275 de la Corte Constitucional.

h. La Corte Constitucional no niega un modelo de libre competencia en el esquema AR, de aprovechamiento y reciclaje, tampoco lo hace obligatorio; a lo que obliga es a separarlo del modelo de RBL y a permitir una coordinación entre los dos de modo que se garantice la inclusión de la población recicladora en condiciones de igualdad material. Por ello explicó que esta disposición es la que se viabilizó en el Decreto 564 del

2012, siendo este el verdadero propósito central, muy al contrario de lo que se asignó en el pliego de cargos, pues el Decreto 564 de 2012 no eliminó la libre competencia.

i. El Decreto 564 de 2012 propende por la libre competencia entre recicladores, la mantiene y solo la organiza dentro de un esquema AR en crecimiento y con acciones afirmativas del Estado a favor de la población recicladora, sin perjuicio de la libre concurrencia en la prestación del servicio de aseo en el modelo RBL, la que aún se mantiene.

j. El pliego de cargos, al decir que el Decreto 564 de 2012 restringe la libertad de empresa o la competencia, simplemente no ve y ha invisibilizado el componente fundamental del nuevo esquema de aseo, el de AR, que al estar en libre competencia aumenta la competencia en el mercado del aseo al contrario de lo que prejuzga la Procuraduría.

Igualmente, relacionado con lo anterior, planteó las siguientes inquietudes:

a. «¿Qué papel juega un operador de RBL, de carácter público y de manera transitoria en el esquema de fortalecimiento del esquema AR, y en la inclusión de la población recicladora?»;

b. «¿Por qué el alcalde construyó una política donde aparecía de nuevo desde los tiempos de la EDIS un operador público de aseo en la ciudad de Bogotá?»;

c. «¿De qué manera ese operador público de RBL podría ayudar a coordinar los esquemas de RBL y AR para la inclusión de la población recicladora?

De la misma forma, el disciplinado acudió a otras citas del auto 275 de la Corte Constitucional, puntualizando que era cierto que la Corte Constitucional no los había obligado a constituir un operador público en el esquema RBL; que solo les permitió escoger un esquema dentro de la ley que permitiese la coordinación con el esquema AR y garantizase la inclusión de la población recicladora en condiciones de igualdad material.

Por ello, las respuestas a los anteriores interrogantes, que se tradujeron en la justificación de toda su actuación, las planteó en los siguientes términos:

> Como la Corte Constitucional ordenó al Distrito adoptar las acciones afirmativas que considere pertinentes para garantizar la inclusión de la población recicladora, el mecanismo que se evaluó conveniente, adecuado

> y eficiente para cumplir esas órdenes **fue, precisamente, que esta se hiciera a través del operador público,** pues al ser parte de la estructura administrativa del Distrito Capital **como una de sus empresas estatales capaces de prestar el servicio público domiciliario de aseo,** era posible fijarle, como se hizo a través del convenio, las obligaciones que garanticen el cumplimiento del Plan de Inclusión de la Población Recicladora, **cosa que no puede ocurrir ni ocurrirá con un prestado privado del servicio.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

6.1.1.2 Consideraciones de la Sala.

1. Conviene precisar, como primera medida, que en ningún momento la presente actuación está ligada a algún prejuicio ideológico. El presente caso, como es el deber ser de cualquier proceso disciplinario, está soportado en la realización de tres conductas atribuibles al doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de la alcalde mayor de Bogotá, sobre las cuales es un deber constitucional y legal de la Procuraduría establecer si dichos comportamientos tuvieron o no incidencia disciplinaria. Para ello, en un primer momento la Sala, conforme a la delegación efectuada por el señor procurador general de la nación, consideró la presunta responsabilidad del disciplinado por tres faltas descritas en el Código Disciplinario Único, estatuto que rige para todos los servidores públicos en el Estado Colombiano. De tal suerte que el objetivo del presente juicio es verificar, con el nivel de certeza exigido, si el sujeto disciplinable es responsable o no, en atención a los elementos de prueba que obren en el proceso. Por ello, no hay lugar a que los «supuestos prejuicios ideológicos» esbozados por el disciplinado tengan la más mínima incidencia en la valoración de los medios probatorios arrimados a la presente actuación.

Ahora bien, conforme a la tesis del disciplinado, en el sentido de que después de las decisiones adoptadas por la administración distrital en el año 2012 se presenta mucha más competencia en el mercado de aseo en la ciudad de Bogotá, fácil resulta comprender que esta afirmación está estrechamente ligada a la participación de la población recicladora como componente en la prestación del servicio de aseo. Es decir, que en virtud de las decisiones tomadas «hay más participación y competencia por cuenta de que numerosos recicladores participan del nuevo modelo adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá».

Sin embargo, esta explicación, que tiende a desestimar el segundo de los cargos formulados, no puede ser de recibo, pues el debate central del presente asunto no es si procuró la mayor participación de la población recicladora o si esta se redujo. Por el contrario, el núcleo de la presente discusión es si conforme al «modelo transitorio» adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá, a través del Decreto 564 de 2012, se afectó el principio de libertad de

empresa en la prestación del servicio de aseo, al estipularse un modelo que no estaba contemplado en el ordenamiento jurídico, pues según la Ley 142 de 1994, relacionada con la prestación de los servicios públicos, existían dos posibilidades: o la prestación del servicio en un régimen de libertad de empresa, o con la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo, de las que da cuenta el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

En tal sentido, es importante aclarar que la posición de la Sala no tiende a desconocer los derechos de la población recicladora. En efecto y tal y como se precisará a lo largo de esta decisión, las pruebas demuestran que el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional en favor de la población recicladora no dependían ni de haber entregado la prestación del servicio a un operador público sin la más mínima experiencia y capacidad técnica en la prestación del servicio de aseo ni de crear un modelo excluyente de otros actores que pudieran participar en la prestación del servicio de aseo, pues la única limitación a la libertad de entrada y la concurrencia era las Áreas de Servicio Exclusivo. Al respecto, ni siquiera la prestación del servicio de aseo en régimen de libertad de empresa es excluyente o se torna en un obstáculo para que las autoridades cumplan las acciones en favor de las las personas dedicadas a la labor del reciclaje, tal y como quedó explicado en virtud de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la empresa de aseo de Bucaramanga.[77]

Por ello, cuando el disciplinado afirma que «aparece un prestador público del servicio con tal fortaleza que ya opera el servicio de aseo en la mitad de la ciudad y adicionalmente se reconoce a miles de pequeños prestadores del servicio de aseo bajo la modalidad de aprovechamiento y reciclaje AR» es válido sostener que su explicación es inexacta e incompleta. Inexacta por cuanto, como ha sido acreditado, el referido prestador público no tiene la «fortaleza» que se esgrime; e incompleta porque el reconocimiento de «miles de pequeños prestadores del servicio bajo la modalidad de aprovechamiento» no dependía del modelo que adoptó el señor alcalde mayor. Además, lo cierto es que la dirección y control de la prestación del servicio de aseo quedó a cargo de las entidades del Distrito, disponiendo cuál u otro operador podía participar o no, definiendo en forma unilateral los respectivos porcentajes, sin que mediaran las Áreas de Servicio Exclusivo como está ordenado en el ordenamiento jurídico.

2. En segundo término, es equivocado que se diga que el anterior esquema que venía aplicándose en la ciudad de Bogotá, con la modalidad de Áreas de Servicio Exclusivo de Aseo (ASE), haya generado «un cartel de contratistas», pues es un hecho indiscutible que estas Áreas estaban y están permitidas conforme al ordenamiento jurídico vigente y que ellas eran necesarias, dadas

[77] Confróntese con el DVD de la declaración, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

las circunstancias y necesidades especiales para la ciudad de Bogotá. No obstante, a pesar de que es cierto que se venían desconociendo los derechos de la población recicladora, también lo es que la Corte Constitucional ordenó que se efectuaran los respectivos ajustes para que las autoridades incluyeran acciones afirmativas a favor de esta población, bajo el esquema que se estimare pertinente.

Dicho de otro modo, la forma en que se prestaba el servicio de aseo no era ilegal, sino que era insuficiente en algunos componentes, y por ello era necesario que en adelante se tomaran medidas a favor de la población recicladora. Pero, en ningún caso, puede sostenerse o insinuarse que era menester adoptar un modelo sustancialmente diferente, y más cuando este tenía dos falencias: entregar la prestación del servicio a un operador público incapaz y sin experiencia y, además, asumir el manejo en la prestación del servicio de aseo, sin que se respetara el derecho de cualquier operador a hacerlo en los términos concebidos para la libertad de empresa, pues las únicas limitaciones que se podían efectuar por ley eran las relacionadas con las Áreas de Servicio Exclusivo.

Igualmente, debe advertirse que dicho esquema transitorio no era la única forma de garantizar los derechos de la población recicladora, pues era posible, antes del inicio del nuevo modelo, remunerar el costo o el ahorro que se producía por no tener que llevar los residuos aprovechados al relleno sanitario, de conformidad con la resoluciones vigentes de la CRA desde el año 2005. Esto se encuentra soportado en la declaración del ingeniero ÓSCAR PARDO,[78] aunque refiriendo que formalmente esto vino a aplicarse hasta el mes julio de 2013, pero aplicándose las aludidas resoluciones de la CRA en la forma como el experto comisionado de dicha entidad lo sostenía y defendía desde el 13 de noviembre de 2012.[79]

Adicionalmente, existen pruebas de que muchas de las acciones afirmativas sí eran de carácter programático, con lo cual se concluye que estas acciones tenían que cumplirse progresivamente. Así se verifica de la declaración de la doctora NELLY MOGOLLÓN, anterior directora de la UAESP, y del informe del

[78] Confróntese con el minuto 23 de la declaración del ingeniero ÓSCAR PARDO GIBSON, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

[79] «La metodología tarifaria vigente en el tema de aseo es la Resolución CRA 351 de 2005. La normatividad vigente y la metodología tarifaria actual otorga al Distrito una manera de remunerar el aprovechamiento. Es decir que el Distrito tiene una manera de remunerar aquellas actividades asociadas al aprovechamiento. Por tanto, en el marco del modelo vigente, es claro que existe una forma de remunerar ese aprovechamiento (Artículo 17 de la Resolución 351 de 2005)». Intervención del experto comisionado, conforme a las páginas 9 y 10 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de la CRA. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.

cumplimiento de las metas presentado a la Corte Constitucional, el cual, con corte 30 de junio de 2013, iba en un porcentaje de cumplimiento del 42%.[80]

Con esto se demuestra que un aspecto era el cumplimiento y las acciones afirmativas a favor la población recicladora y otro muy distinto era permitir el manejo y la prestación del servicio a un operador público incapaz y sin ningún tipo de experiencia en la prestación del servicio de aseo, con la inequívoca voluntad de asumir dicha responsabilidad en toda la ciudad y con consecuencias nocivas para el erario y los ciudadanos de la capital de la República.

3. De manera muy similar, el disciplinado resaltó que una de las razones de sus decisiones tuvo lugar por la captación exorbitante e irregular de dineros de los usuarios pagados a través de las tarifas contractuales detectadas por la Contraloría. No obstante, la Sala responde que las tarifas de aseo siempre han estado a cargo de una entidad reguladora a cargo del Distrito. En efecto, si bien pudo haber un cobro excesivo de las tarifas, ello obedecía a que se debían hacer algunos ajustes en las Resoluciones que así lo determinaban, pero en manera alguna puede sostenerse que dicho exceso pasó a manos de los operadores privados, los cuales son denominados por el disciplinado como «el cartel de contratistas del aseo».

En tal forma, si se presentaban excesos en los cobros de las tarifas de aseo lo procedente era efectuar los respectivos ajustes. Por tanto, es equivocado que el disciplinado quiera capitalizar esta situación a su favor, como para dar a entender que gracias a las decisiones adoptadas y al cambio de modelo de la prestación del servicio de aseo se bajaron las tarifas. En efecto, con el nuevo «esquema transitorio» o sin él era necesario efectuar los ajustes de los supuestos cobros de las tarifas, porque lo cierto es que dicho exceso no ingresó al Patrimonio de los operadores privados, sino que fueron dineros que pasaron a ser del Distrito.

Al respecto, el señor ÓSCAR SEBASTIAN ALESSO, representante de la empresa LIME, manifestó que los operadores privados no fijaban las tarifas, situación que era de competencia de la CRA y que ellos tenían que atenerse a esas tarifas. Así mismo, que el excedente del cobro quedaba en una bolsa de manejo de la UAESP y que el pliego bajo el cual se regía el contrato decía que esta entidad debía invertir esos dineros en aspectos específicos del aseo o incluso devolver esos dineros a los usuarios.[81] En tal sentido, agregó que por

[80] Conforme a la declaración de la doctora NELLY MOGOLLÓN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación. Así mismo, conforme al informe de fecha 27 de agosto de 2013, suscrito por la doctora MOGOLLÓN y enviado la Corte Constitucional. Este documento fue entregado por la declarante y reposa en los folios 1711 a 1716 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

[81] Confróntese con los minutos 18 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.

ello «no era verdad que los operadores hubiesen cobrado tarifas excesivas y que mucho menos se quedaran con algunos de esos dineros por ese concepto. Que después del 2011, además de que la CRA regulaba la tarifa, la UAESP tenía la obligación de calcularla».[82]

En el mismo sentido, TULIO EDUARDO SARMIENTO, representante legal de Aseo Capital, refirió que los operadores privados no actuaban como entidad tarifaria local, asunto que concernía a las entidades del Distrito: «Siempre fue el Distrito quien tuvo la potestad de establecer las tarifas».[83] Que por esta razón «no era cierto lo que decía el alcalde, al decir que las tarifas eran más costosas con los privados». Al igual que el anterior testigo, mencionó que había unos excedentes que se iban a una bolsa del esquema, con una destinación específica, de manejo de la UAESP, de la cual no se sabía en que se había invertido o gastado, y que cuando al alcalde empezó a decir que el servicio era más costoso con el operador privado, por esa razón ellos estuvieron en desacuerdo y que esto fue una de las razones de quejarse ante la UAESP, cuya copia aportaron a la Procuraduría.[84]

Así las cosas, las explicaciones de los dos testigos están corroboradas por lo señalado por el ingeniero ÓSCAR PARDO GIBSON, al decir que la entidad tarifaria local siempre fue la UAESP y que, incluso, con la implementación del nuevo modelo se consideró que debería continuar siendo así, con la salvedad de que a partir del mes de junio de 2013, se hizo una modificación para que dicha función pasara a manos de la EAAB, dada su condición de prestador del servicio de aseo.[85]

En consecuencia, la apreciación del disciplinado en cuanto a que «lo que se construyó en la ciudad de Bogotá fue un proceso de cartelización económica del servicio de aseo que hicieron suyo» es, a todas luces, inexacta. Por estas mismas razones, también son improcedentes otras afirmaciones plasmadas en el escrito en cuanto a que la Procuraduría no estudió las afectaciones del precio del servicio y que gracias a las decisiones tomadas por la administración el precio del servicio cayó en el 2013.

---

[82] Ibídem, minuto 22 del primer archivo de la declaración. Igualmente y ante las preguntas de la defensa, así lo explicó en el minuto 1.22 del primer archivo de la declaración.
[83] Confróntese con los minutos 21 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor TULIO EDUARDO SARMIENTO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[84] Además de que así lo dijo en la declaración el señor TULIO EDUARDO SARMIENTO, dicha explicación puede confrontarse el documento enviado a la Procuraduría, visible en los folios 1468 a 1478 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.
[85] Confróntese con los minutos 6 y siguientes de la declaración del ingeniero ÓSCAR PARDO GIBSON, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.

4. Pasemos ahora a señalar que tampoco puede ser de recibo la afirmación de que el operador público es fuerte porque en la actualidad opera en el 50% del mercado y porque cuenta con una flota nueva de alta tecnología. Estas circunstancias, que seguramente pretenden desvirtuar el primero de los cargos formulados, no son idóneas como argumentos de exculpación por las siguientes razones:

a. Porque el reproche formulado se remonta al 11 de octubre y 4 de diciembre de 2012, fechas en las que fueron suscritos los convenios interadministrativos por medio de los cuales el Distrito encargó el manejo, responsabilidad y prestación del servicio de aseo a la ciudad de Bogotá a un «operador público» incapaz y sin ninguna experiencia para prestar este servicio de aseo, irregularidad que empezó a generar otras consecuencias más gravosas a partir del 18 diciembre de 2012.

b. Porque la decisión del señor alcalde mayor y de su administración, reflejada en los respectivos estudios, entre otros, consistió en que la prestación del servicio público de aseo por parte del operador público sería en toda la ciudad de Bogotá, es decir, en el 100% de la capital, y al 23 de abril de 2013 solo se alcanzó a prestar el servicio en el 65.15 por ciento en la ciudad.[86]

c. Porque, y muy a pesar de que se contempló por vía de un otrosí que la UAESP podía contratar el servicio con otros operadores, ello se hizo el día 17 de diciembre de 2012, un días antes del inicio de operaciones. Entre tanto, la EAAB ya había adelantado la invitación pública 804 con un presupuesto de $80.888.107.999 para la adquisición de maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá,[87] fruto de lo cual se suscribieron los contratos número 1-06-263000848 y 1-06-263000851 de 2012.[88] Además, el 4 de diciembre de 2012, la EAAB había suscrito con la empresa Aguas de Bogotá el contrato n.° 1-07-10200-0809-2012 de 2012, para la prestación del servicio de aseo «en toda la ciudad de Bogotá», por un valor de $116.000.000.000.[89]

d. Porque la prestación del servicio del operador público tuvo significativas falencias, como lo evidenciaron los hechos sucedidos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Adicionalmente, posterior a esos días

---

[86] Conforme al oficio recibido el 23 de agosto de 2013, suscrito por la directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN, visible en los folios 1440 a 1442 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.
[87] Confróntese con los folios 1 a 22 del anexo n.° 22, documentos que fueron obtenidos en la visita especial a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública del 17 de abril de 2013 (folio 269 del cuaderno original n.° 2 de la actuación).
[88] Ver los folios 23 y siguientes del anexo n.° 22 de la actuación.
[89] Confróntese con los folios 1 a 15 del anexo n.° 15 de la actuación.

y a pesar de que se volvió a contratar con los operadores privados para solventar las evidentes falencias del operador público, estas empresas distritales, aun con un 50% de la prestación del servicio, tampoco tuvieron los equipos compactadores, ni siquiera por la vía del arrendamiento, los cuales empezaron a incorporarse al servicio de aseo, de manera progresiva, a partir del primer trimestre del año 2013. Incluso está demostrado que mientras fueron llegando los vehículos compactadores arrendados el servicio en varias zonas de la ciudad se continuaba prestando con vehículos tipo volqueta. En efecto, según el oficio AB n.° 4150 – 2013, recibido el 13 de septiembre de 2013 y enviado por el señor gerente de Aguas de Bogotá RICARDO AGUDELO, Aguas de Bogotá utilizó volquetas para la prestación del servicio hasta el mes de julio de 2013.[90] Ahora bien, ni siquiera se trató de la utilización de volquetas para únicamente las actividades complementarias de recolección de escombros y rutas selectivas, sino que la utilización de dichos vehículos se hizo para reemplazar la flota de compactadores que todavía no tenía el operador público. Este fue el número de volquetas utilizadas por el operador público, en aquellas zonas en las que continuó prestando el servicio durante el primer semestre del año 2013:

- Del 20 al 31 de diciembre de 2012: 461 volquetas.
- Del 1 al 31 de enero de 2013: 242 volquetas.
- Del 14 de febrero al 17 de marzo de 2013: 188 volquetas.
- Del 18 al 31 de marzo de 2013: 173 volquetas.
- Del 1 de abril al 3 de mayo de 2013: 164 volquetas.
- Del 4 al 20 de mayo de 2013: 149 volquetas.
- Del 21 de mayo al 15 de junio de 2013: 143 volquetas.
- Del 16 al 30 de junio de 2013: 72 volquetas.
- Del 1 al 26 de julio de 2013: 75 volquetas.

e. Porque la nueva flota de alta tecnología solo vino a estar disponible a partir de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2013 en forma progresiva. En efecto, la nueva flota adquirida por el Distrito, a través de

[90] Confróntese con los folios 1670 a 1698 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

la EAAB, vino a ser entregada a Aguas de Bogotá a través del contrato de comodato del 21 de marzo de 2013.[91] Es decir, la EAAB, contratante, en virtud del convenio interadministrativo n.° 809 de 2012, le entregó a la empresa Aguas de Bogotá, contratista, en virtud de dicho convenio, los equipos con los cuales debía prestar el servicio de aseo en aquellas zonas asignadas al operador público. Al margen de esta situación, lo cierto es que según los informes de interventoría la entrega de (13) barredoras, objeto del contrato de comodato, se hizo hasta el día 20 de marzo de 2013, y los demás equipos, entre ellos los vehículos compactadores, se fueron entregando paulatinamente en los meses de abril, mayo y junio de 2013. Es más, si se analiza el informe de interventoría n.° 5 de fecha 2 de agosto de 2013,[92] con corte a esa fecha todavía no se habían entregado el total de vehículos compactadores:

Vehículos compactadores objeto del contrato de comodato, los cuales fueron adquiridos por la EAAB	**Vehículos compactadores retirados por la empresa Aguas de Bogotá con corte 2 de agosto de 2013**
Compactadores de 7 yardas: **16**	Compactadores de 7 yardas: **7**
Compactadores de 16 yardas: **46**	Compactadores de 7 yardas: **44**
Compactadores de 25 yardas: **143**	Compactadores de 7 yardas: **105**

Y con corte al 5 de septiembre de 2013,[93] aunque aumentó el número de vehículos retirados por Aguas de Bogotá, ellos todavía no habían sido entregados en su totalidad:

Vehículos compactadores objeto del contrato de comodato, los cuales fueron adquiridos por la EAAB	**Vehículos compactadores retirados por la empresa Aguas de Bogotá con corte 5 de septiembre de 2013**
Compactadores de 7 yardas: 16	Compactadores de 7 yardas: 12
Compactadores de 16 yardas: 46	Compactadores de 7 yardas: 44
Compactadores de 25 yardas: 143	Compactadores de 7 yardas: 135

Así las cosas, esta información corrobora que durante un lapso considerable del año 2013 la administración continuó prestando el servicio en vehículos tipos volquetas, porque ni siquiera durante el primer semestre del año 2013 contó con el total de vehículos compactadores.

f. Porque si fuera cierta la «fortaleza» del operador público, la EAAB no hubiese contratado a otra empresa pública, pasándole la responsabilidad

[91] Conforme al contrato de comodato n.° 9-99-10200-0161-2013 del 21 de marzo de 2013 y los seis informes de interventoría, visibles en el anexo n.° 45 de la actuación.
[92] Confróntese con los folios 22 a 29 del anexo n.° 45 de la actuación.
[93] Conforme al informe de interventoría n.° 6 de fecha 9 de septiembre de 2013 del contrato de comodato, visible en los folios 17 a 21 del anexo n.° 45 de la actuación.

> de todas y cada una de las actividades de la operación, y más cuando Aguas de Bogotá era una empresa pública con graves problemas de índole financiero, tal y como lo demuestran varias pruebas y como lo reconoció el mismo disciplinado en su versión. Al respecto, cabe destacar que es tan evidente el problema financiero de la empresa Aguas de Bogotá, que la EAAB (contratante) fue la que adquirió la nueva flota de vehículos, para entregárselos por vía de un contrato de comodato al contratista, con el fin de que en algún momento pudiera cumplir las obligaciones derivadas del contrato interadministrativo n.° 809 del 4 de diciembre de 2012.

Así las cosas, la «fortaleza» que tanto predica el disciplinado no es observada por ninguna parte, y más cuando se supone que esta debió ser acreditada en el momento en que se firmaron los respectivos contratos interadministrativos, con miras a garantizar la correcta prestación del servicio desde el día en que se inició el nuevo modelo adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá. Por eso, no parece excesivo decir que parte de la explicación del disciplinado es coherente con algunos aspectos de este análisis, pues en sus palabras se dice que se «llegó a esa posición en el mercado en menos de seis meses desde el inicio de la operación».

Sin embargo, lo que llama el disciplinado como «llegar a esa posición en menos de seis meses» no es otra cosa que la evidente incapacidad del operador público, pues lo cierto es que durante buena parte de esos seis meses el servicio de aseo continuó prestándose en la ciudad de Bogotá en vehículos tipo volqueta, en aquellas zonas donde le correspondió al operador público.

Sin embargo, la cuestión que se analiza es más nociva de lo que parece: mientras se entregaron algunos vehículos compactadores nuevos durante los meses de abril, mayo y junio de 2013 la administración no solo continuó contratando vehículos tipo volqueta para la prestación del servicio de aseo, sino que además continuó contratando el alquiler de otros vehículos compactadores. Así lo demuestra el contrato de transporte n.° 29 del 30 de abril de 2013, suscrito con la empresa Aseo Técnico de la Sabana S. A. E. S. P., cuyo objeto fue el alquiler de diecisiete (17) compactadores de 25 yardas y un (1) compactador de 14 yardas, por el término de un mes. Así mismo, el contrato de transporte n.° 35 del 31 de mayo de 2013, suscrito con esta misma empresa, cuyo objeto fue el alquiler de diecisiete (17) compactadores de 25 yardas y un (1) compactador de 14 yardas, hasta el 7 de junio de 2012, y del uso de cinco (5) compactadores de 25 yardas entre el 8 al 30 de junio de 2013.[94]

[94] Conforme a la comunicación AB 3708 -2013 del 26 de agosto de 2013, suscrita por el señor gerente de la empresa Aguas de Bogotá RICARDO AGUDELO, visible en el folio 1443 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

Si el contrato de comodato del 21 de marzo de 2013 parte de la premisa de que la EAAB ya tenía en su poder toda la nueva flota adquirida por el Distrito, la Sala no se explica cómo Aguas de Bogotá continuaba contratando la utilización de volquetas —lo cual, de todas maneras, iba en contravía de normas reglamentarias— y que adicionalmente siguiera contratando el alquiler de vehículos compactadores, situación irregular que si bien por obvias razones ya no se puede hacer parte de los reproches formulados, si demuestra y ratifica un inusual desorden administrativo y detrimento de los recursos públicos del Distrito, por cuenta de las decisiones que adoptó el señor alcalde mayor de Bogotá.

5. El disciplinado cuestionó que la Procuraduría olvidó de manera muy extraña que por ley la flota que tenía que garantizar la operación del servicio de aseo era la misma que se había usado en los años anteriores y que ya había sido pagada por los usuarios en virtud del contrato de concesión y de la cláusula de reversión obligatoria.

En tal sentido, la Sala responde que este argumento es equivocado, por cuanto no se puede considerar que la causa de la incapacidad del operador público para prestar el servicio de aseo se deba a que los operadores privados no hayan devuelto los vehículos que fueron utilizados en la prestación del servicio en años anteriores. Sin duda, esto es un tema polémico que ni siquiera, a la fecha de la presente decisión, ha sido resuelto. La controversia radica en que mientras los operadores privados creen tener el derecho a esos vehículos, el disciplinado estima que son propiedad del Distrito, en virtud de que la cláusula de reversión es de la esencia del contrato de concesión.

Sin embargo, esta situación no explica la incapacidad del operador público para haber asumido la prestación del servicio de aseo, por la sencilla razón que este tema debió estar resuelto antes de tomarse la decisión de que las empresas públicas lo hicieran, pues la eficiencia y correcta prestación de este importante servicio para la ciudad no podía quedar condicionado al azar o la eventualidad de que los operadores privados aceptaran la posición de la administración distrital o que un juez reconociera tal derecho para la ciudad, para así contar con la disponibilidad de la flota de los vehículos mucho tiempo después del inicio de los contratos interadministrativos mediante los cuales se asumió semejante decisión y responsabilidad.

Con esa lógica, se podría llegar al extremo de que al día de hoy —casi un año después de la adopción del nuevo modelo de aseo— la EAAB y Aguas de Bogotá continuaran prestando el servicio de aseo en vehículos tipo volqueta y sin la prestación por parte de los operadores públicos en los porcentajes fijados

por el Distrito, ya que todavía no se ha resuelto en cabeza de quién deben quedar esos vehículos compactadores que fueron utilizados anteriormente.

No obstante, las pruebas demuestran que la reversión de los vehículos compactadores, antes de la suscripción de los contratos interadministrativos, no fue el aspecto central de la discusión, como ahora y al momento de la versión libre, lo pretende hacer valer el disciplinado. La prueba de ello es que en los mismos estudios previos a los contratos interadministrativos se dejó como un riesgo de la contratación no contar con los vehículos compactadores; así mismo, para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, la EAAB se preocupó más por iniciar los trámites contractuales para adquirir una nueva flota compactadora, la cual, por obvias razones, era imposible que estuviera lista para el día 18 de diciembre de 2012; así mismo, fueron varios trámites contractuales que se hicieron por parte de la empresa Aguas de Bogotá en el mes de diciembre de 2012 para adquirir vehículos compactadores usados por la vía del alquiler, pero esos tampoco estuvieron dispuestos para la iniciación del nuevo modelo; de la misma manera, la expedición del Decreto 570 de 2012 es prueba de que la administración advertía que no podía contar con la flota de vehículos para la prestación del servicio.

De esa manera, está acreditado que la administración distrital, en cabeza de su alcalde mayor, contó con que por otras vías o por otros medios, todos ellos distintos a la reversión, podía iniciar la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá. Y ello se debe a una razón eminentemente lógica: así como puede tener razón el señor alcalde mayor de Bogotá de que los vehículos compactadores son de propiedad del Distrito por la cláusula de reversión, es perfectamente posible que por el contrario la tengan los operadores privados, cuestión problemática que escapa al presente asunto y que tendrá que ser definida por el juez correspondiente. De forma coherente, en caso de que el señor alcalde mayor tuviera la razón, este es un aspecto que vendría a resolverse mucho tiempo después del inicio del nuevo esquema de aseo implementado por su despacho y en tal forma ello no podría incidir en el análisis de la responsabilidad. Y a la inversa, en caso de que lleguen a tener razón los operadores privados, dicha situación tampoco podría ser un criterio para legitimar el análisis que en este momento hace el organismo de control. Y la razón es sencilla: en una u otra posibilidad, al momento de la suscripción de los acuerdos de voluntades de las entidades del Distrito, ninguna de ellas tenían la experiencia y capacidad suficientes para asumir semejante responsabilidad en la prestación de un servicio tan importante como lo es el aseo de la ciudad capital.

En consecuencia, es inaceptable que de manera posterior se trate de justificar una insolvencia técnica y operativa, inobjetablemente palpables que tenían las entidades del Distrito antes de la suscripción de los contratos interadministrativos y del inicio del nuevo esquema, tal y como se lo advirtieron

al señor alcalde mayor de Bogotá varias entidades, según está demostrado en el expediente.

6. El disciplinado refirió que la Procuraduría tenía que mostrar la supuesta incapacidad de la EAAB en los hechos acaecidos alrededor del aseo para los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, aduciendo que se dejó de recoger residuos y que hubo que utilizar volquetas para su recolección. Sin embargo, añadió que la Procuraduría olvidó, de manera extraña, que, en esos días y solo porque entraba en operación un oferente público, se elevaron barreras a la entrada de ese nuevo operador en el mercado consistentes en que los concesionarios privados del aseo dejaron de recoger miles de toneladas de basura desde el día 13 de diciembre como estaba plenamente demostrado por los registros de entrada y pesaje en el relleno sanitario de Doña Juana, que elevaron la cantidad de residuos a recoger de manera exorbitante y presuntamente criminal, sino que además incumplieron irregularmente con la cláusula de reversión que debía garantizar la indispensable, necesaria, debida y obligatoria continuidad de la prestación del servicio.

Al respecto, la Sala no está de acuerdo con la anterior explicación por varias razones. En primer lugar, el supuesto número de residuos que no se recogieron durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 nunca podrá equipararse al dejado por las calles de la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Las mediciones que efectuó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dicen que entre los días 18 y 19 de diciembre se dejaron de recoger aproximadamente seis mil toneladas, sin contar las dejadas de recoger el día 20 de diciembre de 2012. Estas cifras jamás se dejaron de recoger durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, pues la excepcionalidad y la anormalidad de la prestación del servicio fue captada por todo el país a partir del día en que el operador público asumió la prestación del servicio de aseo.

En segundo lugar, no es explicable, si supuestamente los operadores privados dejaron de recoger un número inusual de basuras durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, que la misma UAESP haya decretado una urgencia manifiesta el día 17 de diciembre de 2012 que tenía como objetivo poder contar nuevamente con la prestación del servicio por parte de los operadores privados. Es decir, sería absolutamente contradictorio que las entidades del Distrito expidieran un acto administrativo con miras a contratar nuevamente a quien había demostrado supuestamente graves incumplimientos. En otras palabras, lo lógico era que se tomaran las medidas administrativas en el marco de los contratos que habían terminado, y no que se terminara «premiando» un supuesto incumplimiento con el otorgamiento de nuevos contratos.

En tercer lugar, tampoco es comprensible, si supuestamente los operadores privados dejaron de recoger un número inusual de basuras durante los días

anteriores al 18 de diciembre de 2012, que el operador público no haya podido recoger ni las basuras dejadas de recoger los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 ni las generadas durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del mismo año. Es decir, que a mayor número de basuras por las calles, sustancialmente fuera menor las cifras que en promedio ingresaban al relleno sanitario. La explicación de la incapacidad del operador público para recoger unas u otras es más que obvia: no contaban con los equipos mínimos requeridos para prestar el servicio, específicamente con los vehículos compactadores, y justamente esto obligó al Distrito a que nuevamente contratara a los operadores privados.

En cuarto y último lugar y en la medida en que las anteriores conclusiones están soportadas con los medios de prueba obrantes en la actuación, resulta ajustada y creíble la versión ofrecida por los declarantes OSCAR SEBASTIÁN ALESSO y TULIO EDUARDO SARMIENTO, representantes legales de las empresas ASEO CAPITAL S. A. E. S. P. y LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S. A. E. S. P., respectivamente, en cuanto a la explicación del porqué las cifras de los periodos comprendidos entre el 13 y 17 de diciembre del año 2011 y entre el 13 y 17 de diciembre del año 2012 no son iguales. Las afirmaciones de estos dos testigos se resumen en el siguiente cuadro, contenido en un documento suscrito por ellos, y ratificado y explicado en cada una de sus declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento:[95]

Año 2011 **(Periodo comprendido entre el 13 y 17 de diciembre)**	**Año 2012** **(Periodo comprendido entre el 13 y 17 de diciembre)**
El periodo comienza un día martes y termina un día sábado, es decir que comprende cinco (5) días hábiles de operación normal (no se presentaron días domingos ni festivos.	El periodo comienza un jueves y termina un lunes, es decir que comprende cuatro (4) días normales de operación, y un domingo, día de menor operación (Solo se atienden zonas comerciales y vías principales).
El día viernes 16 de diciembre no es comparable con el día domingo, porque la operación de los viernes se realiza de forma normal cubriendo las frecuencias establecidas, ya sea lun-mier-vier o sectores de atención especial.	El día domingo 16 de diciembre la operación del servicio se reduce significativamente, comparable con cualquier otro día de la semana, específicamente respecto de estas fechas se genera una diferencia de 3381 ton. (Fuente R. S. Doña Juana).
El día martes 13 de diciembre no es comparable con el día jueves, pues según registros históricos de la prestación del servicio, el martes presenta mayor producción de residuos por acumulación de tres días (Domingo-Lunes-Martes).	El día jueves (13 de diciembre) solo presenta acumulación de dos días (Miércoles – Jueves), lo que genera una diferencia aproximada de 1.714 ton. Menos que en la misma fecha del año anterior. (Fuente R. S. Doña Juana).
El día sábado 17 de diciembre no es	El día lunes 17 de diciembre no es

[95] Confróntese con los folios 1467 a 1478 del cuaderno original n.° 6 de la actuación y con los DVD de grabación de cada una de estas declaraciones, obrante en el anexo n.° 42.

comparable con el día lunes del año siguiente, debido a que los turnos de prestación del servicio se realizaron completos (24 horas) hasta su culminación. Para el caso del 17 de diciembre, hasta horas de la madrugada del día 18 de diciembre, en que aún se realizó disposición final de residuos.	comparable con el sábado del año anterior, teniendo en cuenta que por orden expresa de la UAESP, contenida en correo electrónico remitido por la funcionaria Diana Perdomo el 17 de diciembre de 2012 en horas de la tarde, se informó la necesidad de ajustar los turnos, por cierre del relleno sanitario a las 24:00 horas, por lo que parte importante de las rutas previstas para dicho turno no pudieron culminarse, razón por la cual, la cantidad de residuos dispuesta en esa fecha presenta disminución en cantidad de toneladas. Esta comparación generó una diferencia de 1.164 ton.
Cuatro (4) empresas (CIUDAD LIMPIA, ATESA, ASEO CAPITAL y LIME) prestaron el servicio con normalidad y sin interrupciones, de manera continua las 24 horas del día sábado 17 de diciembre.	Solo dos (2) empresas (CIUDAD LIMPIA y ATESA) tuvieron autorización de acceso al relleno sanitario de manera continua, LIME y ASEO CAPITAL tuvieron restricción de acceso desde las 00:00 horas del 18 de diciembre hasta la madrugada del 20 de diciembre, lo que generó alteración significativa de un servicio que se venía prestando durante 24 horas.

En ese orden de ideas, no es creíble la tesis expuesta por el disciplinado consistente en que la crisis que se presentó durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 obedeció a un número inusual de basuras dejadas de recoger por los operadores privados los días anteriores, pues si bien pudieron presentarse reducciones ellas no fueron considerables, se debieron a otros factores y, en todo caso, la falta de capacidad del operador público fue evidente, demostrada hasta por las mismas pruebas aportadas por el disciplinado, y todo ello aunado a que el señor alcalde mayor de Bogotá permitió la prestación del servicio en vehículos volqueta. Así se corrobora con las conclusiones del documento elaborado por el señor JULIO CÉSAR PULIDO, funcionario de la Secretaría Distrital de Ambiente, en donde se determinó que gran parte de la causa de los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 había obedecido a las fallas logísticas del nuevo operador público, aludiendo a la falta de vehículos compactadores.

7. Otro de los argumentos de defensa fue que «la superación de la crisis organizada por terceros premeditadamente en los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012» y el crecimiento de la operación del operador público hasta llegar al 50% de la ciudad en apenas seis meses era precisamente la capacidad económica y la experiencia operativa de la EAAB, contrario a lo expuesto en el pliego de cargos.

Sin embargo, la Sala responde que dicha apreciación es equivocada. Por una parte, conforme atrás se registró, no es cierto que los operadores privados hayan generado una crisis premeditadamente en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Por la otra, lo que superó esa crisis fue precisamente que los operadores privados volvieron a prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, tal y como lo demuestran los siguientes contratos:

a. El contrato de operación n.° 257 con Ciudad Limpia, el 18 de diciembre de 2012, para prestar el servicio de aseo en la zona 6 (localidades de Bosa y Kennedy);

b. El contrato n° 260 con Aseo Capital, el 19 de diciembre de 2012, para prestar el servicio de aseo en la zona 4 (localidades de ciudad bolívar, puente Aranda y Tunjuelito);

c. El contrato n.° 261 con LIME, el 19 de diciembre de 2012, para prestar el servicio de aseo en la zona 1 (localidades de suba y Usaquén);

d. El contrato n.° 268 con Atesa, el 21 de diciembre de 2012, para prestar el servicio de aseo en la zona 2 (Fontibón y Engativá);

e. El otrosí n.°1 al contrato 260, del 22 de diciembre de 2012, celebrado con Aseo Capital, con el objeto de que esta última empresa prestara «el servicio de aseo integral en las localidades de Chapinero, Santafé y Candelaria y servicio con sistema ampliroll en las localidades de Mártires, Barrios Unidos y Teusaquillo»;

f. El otrosí 1 al contrato 261, del 22 de diciembre de 2012, celebrado con LIME, con el objeto de que esta última empresa prestara «apoyo en la operación del servicio de aseo en las localidades de Usme y San Cristóbal y preste el servicio de recolección de cajas tipo ampliroll para usuarios que lo requieren en las localidades de Usme, Antonio Nariño, San Cristóbal y Rafael Uribe Uribe».

Así las cosas, en la medida en que el mismo Distrito contrató nuevamente con los operadores privados para solventar la crisis ocurrida en el mes de diciembre de 2012 y la evidente incapacidad del operador público, resulta contradictorio que se diga de manera posterior que estos mismos contratistas fueron los que causaron la emergencia ocurrida en los días del inicio del nuevo modelo de prestación del servicio adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá.

Con todo y eso, el señalamiento también carece de fundamento probatorio, pues el mismo concepto de la Secretaría del Medio Ambiente determinó que la crisis había ocurrido por «los problemas logísticos de la empresa Aguas de

Bogotá», bajo la idea en que para la prestación del servicio no se utilizaron vehículos compactadores.

Al margen de lo anterior, si está absolutamente demostrado que el operador público únicamente vino a contar con los primeros vehículos compactadores en el primer trimestre del año 2013, la conclusión obvia es que desde que las entidades asumieron la prestación del servicio —el día 18 de diciembre de 2012—, lo hicieron con vehículos tipo volqueta, lo cual explica la ocurrencia de la crisis cuando no se contaba con la prestación del servicio por parte de los operadores privados e indica la deficiente prestación del servicio en días posteriores a la crisis, concretamente en aquellas zonas en donde el operador público comenzó a prestar el servicio en los porcentajes que han sido referidos por el mismo disciplinado.

8. Un aspecto de defensa fue que la Procuraduría interpretó erradamente el Decreto 564 de 2012, pues, verbigracia, en el artículo 9 del Decreto 564 del 2012 se estipuló la necesidad de condicionar el uso del relleno sanitario a un contrato con la UAESP para cualquier operador, pero que tal condición estaba referida con el uso técnico del relleno y no con una barrera de entrada. Añadió que el relleno sanitario de Doña Juana estaba a punto de colmar su espacio y la entidad planificadora del aseo en la ciudad de Bogotá tenía la obligación de garantizar su mejor uso. También agregó que «hoy» normativamente cualquier operador que consolidara un contrato con la UAESP donde se garantizara el respeto al sistema de AR, que va por separado, y el uso adecuado del relleno podía acceder al mercado del aseo en la modalidad RBL en la ciudad de Bogotá.

Para ello, la Sala responde que no solo fue el artículo 9 del Decreto 564 de 2012 con el que se limitó la libertad de empresa, sino otras disposiciones de este Decreto. En primer lugar, obsérvese lo que se estableció en el artículo 6 de dicho acto:

> **a. Artículo 6 del Decreto 564 de 2012. Cumplimiento de la Supervisión, coordinación y control del servicio de aseo.** De conformidad con el artículo 116 del Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006, **para que una persona de naturaleza pública o privada pueda prestar en la ciudad de Bogotá Distrito Capital el servicio público de aseo, deberá acreditar** ante la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP los requisitos exigidos en la ley **y suscribir con dicha Unidad, o con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P – EAAB un contrato** en el cual se especifique el alcance de sus obligaciones y, particularmente, la forma cómo se cumplirán las actividades de supervisión, coordinación y control del servicio a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP.
>
> **PARÁGRAFO.** Para la organización del servicio, en los convenios o contratos a los que hace referencia este artículo, **podrá aplicarse la delimitación de las**

> **zonas en las que actualmente se desarrolla la operación, hasta la fecha en que se celebren nuevos contratos de concesión para las áreas de servicio exclusivo** que sean propuestas por la UAESP y verificadas por la CRA, en los términos de la ley.
>
> (Negrillas fuera de texto)

Para la Sala, con este artículo, junto a la idea de esquema transitorio, se restringió el principio de libertad de empresa que regía para el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, por cuanto dicha norma señaló como condición para poder prestar el servicio **un contrato** con la UAESP o la EAAB. Sin embargo, si se revisa el artículo 22 de la Ley 142 de 1994 —sin perjuicio de ciertos requisitos contenidos en los artículos 25 y 26 de la misma ley que no son aplicables al presente caso—, es claro que las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social.

Además, en el parágrafo del artículo 6 se estableció que podría aplicarse la delimitación de las zonas para prestar el servicio hasta tanto se celebraran los contratos de concesión para la implementación de las ASE, por lo cual, aquello implicaría una exclusividad que va en contra de la libre competencia y de la facultad de los usuarios de escoger libremente el prestador de servicio.[96]

En segundo lugar, el artículo 8 del Decreto 564 de 2012 estableció lo siguiente:

> **b. Artículo 8 del Decreto 564 de 2012. Empresas de Servicios Públicos del Distrito Capital.** Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio de aseo, en los términos establecidos por la Ley, la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito **a través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP para el efecto.**
>
> **La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP expedirá los actos, celebrará los contratos y realizará las operaciones que se requieran,** todo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 y con estricta sujeción a las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos 275 de 2011, 268 de 2012 y 084 de 2012.

En este artículo se conecta la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, entre la UAESP y la EAAB, con la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá para limitar el principio de libertad de empresa para la

[96] Confróntese con los artículos 9 y 10 de la Ley 142 de 1994.

prestación del servicio público de aseo. Efectivamente y muy a pesar de que en el primer inciso se utilizó la construcción «la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a través de convenios o contratos que celebre la UAESP» —dando a entender que **cualquier entidad del Distrito** podía prestar el servicio de aseo—, lo cierto es que en el inciso segundo se dio por sentado que esa empresa del Distrito era la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB). De esa manera, lo que hizo esta norma del Decreto fue ratificar lo que se había pactado en el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, solo que esta vez con la «exclusividad» requerida para impedir que otras empresas privadas pudieran prestar el servicio. Así, esta «exclusividad» está ratificada en que este segundo inciso determinó que era la EAAB, y no otra entidad o empresa, la que expediría los actos, celebraría los contratos y realizaría las operaciones que se requirieran, supuestamente en atención a la Ley 142 de 1994 y a las órdenes dadas por la Corte Constitucional.

En tercer lugar y frente a lo que dijo el disciplinado, el artículo 9 del referido Decreto dispuso lo siguiente:

> **c. Artículo 9 del Decreto 564 de 2012. Acceso al Relleno Sanitario.** El acceso y disposición de residuos en el Relleno Sanitario Doña Juana, propiedad del Distrito Capital, **queda condicionado a la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo** en la actividad complementaria de disposición final, **con el operador contratado para el efecto, previa autorización de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP,** en los términos previstos en el Decreto Nacional 838 de 2005.
>
> La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP proferirá los actos administrativos necesarios para que, **a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se venzan los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se reciban residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP,** con el fin de preservar la salubridad pública y asegurar el manejo técnico del relleno sanitario, así como el derecho de la población recicladora a recolectar el material aprovechable.
>
> (Negrillas fuera de texto)

Contrario a como lo sostiene el disciplinado, esta es otra norma que guarda absoluta coherencia para confirmar la restricción del principio de libertad de empresa. En este punto, vale la pena recordar las solicitudes que habían sido efectuadas por los operadores privados para poder ingresar al relleno sanitario de Doña Juana. Así, según este artículo del Decreto, a partir del 18 de

diciembre de 2012, se necesitaría «la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, con el operador contratado para el efecto», que en el presente caso sería la EAAB, y además la autorización previa de la UAESP. Adicionalmente, en el segundo inciso se dejó señalado que la UAESP «proferirá los actos administrativos necesarios para que, a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se vencieran los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se recibieran residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas» por la UAESP.

En ese orden de ideas, los anteriores condicionamientos excedieron los requisitos plasmados en los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, por lo que no fue una simple errada interpretación de la Procuraduría sobre únicamente el artículo 9 del Decreto 564 de 2012, frente a lo cual es necesario analizar todas las disposiciones de este Decreto en forma sistemática y en su real contexto.

Ahora bien, la Sala no comprende los argumentos de los sujetos procesales que tienden a desestimar que con la expedición del Decreto 564 de 2012 no se violó la libertad de empresa, cuando lo cierto es que en muchas otras de las razones de exculpación se pretendió dar una justificación y explicación del porqué fue necesario impedir la libertad de empresa, pues, según sus criterios, el haberlo permitido hubiese imposibilitado el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional. En otras palabras, mientras que aquí se niega la no afectación del principio de libertad de empresa, en otros apartados esta afectación se reconoce, pero introduciendo razones de mayor peso que la justificarían, lo cual pone en evidencia que varios de los argumentos presentados por los sujetos procesales son excluyentes entre sí.

9. El disciplinado resaltó una supuesta contradicción de la Procuraduría por haber dicho que la EAAB no tenía capacidad para asumir el servicio de aseo de la ciudad, pero que a su vez se decía que se rompió con el principio de libre empresa y competencia en el mercado de los servicios públicos. Así las cosas, ello significaba que la EAAB sí tenía la suficiente capacidad para excluir del mercado el resto de operadores.

Sobre este particular, la Sala responde que no hay ninguna contradicción porque ambas irregularidades no son excluyentes. Como prueba de ello se tiene que la irregularidad relacionada con la incapacidad del operador público está soportada en los dos convenios interadministrativos celebrados entre las entidades del Distrito, mientras que lo que «rompió con el principio de libertad de empresa» fue la expedición del Decreto 564 de 2012. Ambas situaciones tienen un soporte fáctico y jurídico diferente, por lo que no hay ninguna contradicción como lo adujo el disciplinado. Incluso, se puede hacer el siguiente ejercicio hipotético para determinar que las dos irregularidades tiene un

fundamento distinto: si se hubieran celebrado los contratos interadministrativos con las empresas públicas o privadas con la experiencia y capacidad requeridas, pero aún con la expedición del Decreto, el reproche solo hubiese sido por la afectación del principio de libertad de empresa. A la inversa, si la contratación hubiere tenido lugar con empresas sin experiencia y sin la capacidad requerida ―como en efecto lo fue―, pero sin que se hubiera expedido el citado Decreto, la irregularidad solo hubiese sido contractual.

10. Ahora bien, conforme al método utilizado por el disciplinado, es necesario que la Sala responda uno a uno los cuestionamientos que efectuó a modo de interrogante:

a. **«¿Cómo puede una institución como la Procuraduría llegar a afirmar que el Decreto 564 del 2012, que introduce medidas para la aplicación del Auto 275 de 20111 y permite la remuneración de los recicladores, impide la competencia y la libre empresa en la ciudad?»;**

Respuesta: por el análisis efectuado de manera particular a los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012. Leída esta normatividad en contexto y de manera sistemática, no es difícil llegar a la conclusión de que a partir del 18 de diciembre de 2012, para la prestación del servicio de aseo, se exigía un contrato con la UAESP o la EAAB. Así mismo, que se estableció una delimitación de zonas sin haber Áreas de Servicio Exclusivo, implicando con ello una exclusividad. De similar modo, que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) fue la escogida para operar con exclusividad, muy a pesar de que después fue necesario la prestación de algunos operadores privados con las condiciones impuestas por las autoridades del Distrito. Igualmente, que la EAAB, y no otra entidad o empresa, era la que expediría los actos, celebraría los contratos y realizaría las operaciones que se requirieran para la prestación del servicio. De la misma forma, que a partir del 18 de diciembre de 2012 se necesitaba la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, con el operador contratado para el efecto. Igualmente y relacionado con esto, que la UAESP sería la encargada de proferir los actos administrativos necesarios para que, a partir del 18 de diciembre de 2012, solamente se recibieran residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas» por la UAESP.

Por tanto, se repite que todos estos condicionamientos se convirtieron en la restricción al principio de libertad de empresa, conforme en su momento lo entendieron los operadores privados y tal y como en otros apartados así lo han defendido los sujetos procesales y algunos testigos presentados por la defensa.

b. «¿Para la Procuraduría (la) libre empresa es solo la que representan los antiguos concesionarios privados del aseo?»;

Respuesta: De ninguna manera, pues la libre empresa es un principio constitucional que no es ajeno a la prestación de los servicios públicos de aseo, en virtud de cual cualquier operador público o privado, antiguo o nuevo, podía entrar a prestar el servicio de aseo en la ciudad capital, estando vigente la única limitación posible como lo eran las Áreas de Servicio Exclusivo, que para el momento de los hechos estaba en trámite de verificación de motivos ante la CRA.

c. «¿Para la Procuraduría no hay libre empresa si una empresa pública decide operar el servicio, sin exclusividad?»;

Respuesta: como lo afirma el disciplinado, existe libre empresa, a pesar de que una empresa pública decida operar el servicio «sin exclusividad». Pero, en el presente caso, sucedió lo contrario: la administración distrital, en cabeza del alcalde mayor, pretendió prestar el servicio de aseo en el cien por ciento de la ciudad, pues no de otra manera se explican la elaboración de los documentos que sirvieron de «estudios» para la suscripción de los contratos administrativos, los cuales contemplaron la prestación del servicio en el cien por ciento de la ciudad. Igualmente, esto está confirmado cuando un día antes del inicio del nuevo modelo de prestación del servicio de aseo se tuvo que modificar el contrato para que algunos operadores privados pudieran prestar el servicio ante la incapacidad del operador público. Pero, no se puede perder de vista que esta prestación se hizo conforme a las condiciones que fijó el Distrito, específicamente en las zonas y porcentajes designados. Es más, a medida de que pasaron los meses y que de alguna manera el operador público fue solventando su incapacidad, este expandió su porcentaje de prestación del servicio, por lo que correlativamente la prestación por parte de los privados fue disminuyendo, todo ello sin que mediaran Áreas de Servicio Exclusivo de conformidad con lo establecido en la ley.

En suma, la pretensión de que el Distrito asumiría la prestación del servicio en el cien por ciento de la ciudad fue lo que prendió las alarmas de varias entidades, entre ellas la Contraloría, la Superintendencia de Servicios Públicos, la CRA y la Procuraduría en su rol preventivo. De la misma manera, así lo entendieron los operadores privados, situación que ahora está probada, no solo por las quejas que presentaron ante la Superintendencia de Industria y Comercio, sino porque así lo explicaron dos representantes legales de algunos operadores privados.

En efecto, ÓSCAR SEBASTIAN ALESSO manifestó que la empresa LIMPIEZA METROPOLITANA LIME fue una de las empresas que había interpuesto la queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por la disconformidad de que no se le haya permitido a su empresa actuar en libre competencia, sin mediar licitación.[97]

Por su parte, TULIO EDUARDO SARMIENTO, representante de Aseo Capital, sobre el Decreto 564 de 2012, expuso lo siguiente:

> Cualquier persona que se siente y coja ese Decreto, y mire las normas que regulan la prestación del servicio de aseo en todo el país, se podría dar cuenta que es antijurídico y resultó antieconómico para el Distrito (…) El día que se tenía que finalizar la operación a las 5.00 de la mañana o las 6 nos tocó anticiparla porque si tuviéramos un carro afuera después de las 12 de la noche, el Distrito no lo decomisaba, no lo quitaba, o como lo quieran llamar, porque eso no tiene otra palabra diferente, sino es esa; **y podemos encontrar que a través de ese Decreto se nos prohibió a nosotros prestar el servicio.** Y lo que sale a vender el Distrito es que nosotros nos negamos y saboteamos al Distrito.[98]

Más adelante, este testigo añadió: «Nosotros siempre estuvimos pidiéndole a la Alcaldía que revocara el Decreto; que se diera cuenta del absurdo jurídico en el que estaba, ya que con ello se afectaba intereses de quienes querían prestar el servicio».[99]

Por ello, todo lo anterior concuerda, por un lado, con el hecho notorio registrado en los medios de comunicación, respecto de que la decisión inequívoca del alcalde era de que, a partir del 18 de diciembre de 2012, ningún operador que no fuera del Distrito podía prestar el servicio en la ciudad. Por el otro, esta posición del Distrito fue defendida mucho antes de que se expidiera el referido Decreto, tanto por funcionarios del Distrito como por el señor alcalde mayor de Bogotá. Esto último está demostrado en el acta n.° 19 del 14 de noviembre de 2012 del Senado de la República[100] en la que participó el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO. En esta sesión, el disciplinado de manera

---

[97] Confróntese con los minutos 1.12 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[98] Confróntese con los minutos 41 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor TULIO EDUARDO SARMIENTO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[99] Ibídem. Minuto 43 del primer archivo de esta declaración.
[100] Confróntese con el archivo «Acta 19-12 Noviembre 14 de 2012», de la carpeta «Acta de Basuras», obrante en el CD que reposa en el folio 294 del cuaderno original n.° 2 de la actuación. Este CD fue allegado mediante la comunicación del 22 de abril de 2012, suscrito por el subsecretario del Senado de la República, visible en el folio 292 del cuaderno original n.° 2 de la actuación.

clara dejó entrever que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo provenía de su despacho, justificando que se debía construir «**el modelo de aseo que el alcalde escogiera** para incluir a la población recicladora en condiciones de igualdad material» y que dichas decisiones «gozaban de la autonomía constitucional y que pertenecían a un **ente territorial**, que en este caso se llamaba **Distrito Capital**».[101]

d. «Peor aún, ¿para la Procuraduría no hay libre empresa si miles de oferentes entran de manera reconocida a ofertar su servicio de aseo con aprovechamiento en la ciudad?»;

Respuesta: la libre competencia no solo debe ser para la población recicladora que quiere participar el modelo de aprovechamiento, pero la protección de libertad de empresa de unos en manera alguna significa la afectación del principio de libertad de empresa de otros, para lo cual se adoptó «un esquema transitorio», en su momento, por fuera de los cánones fijados en la ley.

e. «¿Cómo una entidad puede olvidarse de la definición básica de libre empresa y competencia, al adjudicarle al Decreto 564 de 2012 que es el que permite reconocidamente la entrada de miles de oferentes del servicio de aseo en la ciudad, el papel de destruir la competencia?»;

Respuesta: La Procuraduría, como las varias autoridades que le advirtieron al señor alcalde mayor de Bogotá, jamás olvidaron la definición básica de la libre empresa y competencia, pues, precisamente y en lo que concierne a la Sala, la irregularidad consistió en la afectación de este principio al haber impuesto una serie de condicionamientos en un esquema que en su momento se concibió como transitorio, pero que pasado casi un año comenzó a tener características de permanente. Prueba de ello es que la UAESP y el mismo señor alcalde mayor de Bogotá, para el mes de mayo de 2013, manifestaron ante la CRA su deseo de no continuar con la actuación administrativa tendiente a la verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de Áreas de Servicio Exclusivo.[102]

---

[101] Ver página 23 del Acta n.° 19 del 14 de noviembre de 2012. Ibídem. Folio 294 del cuaderno original n.° 2 de la actuación.

[102] Confróntese con el oficio recibido el 5 de septiembre de 2013, suscrito por la directora ejecutiva de la CRA, visible en los folios 1769 y 1770 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.

f. «¿O acaso esa invisibilidad de la entrada de miles de oferentes del servicio de aseo de manera reconocida que aparece en el escrito de crítica al Decreto 564 de 2012 que hace la Procuraduría no es más que un sesgo ideológico?»; «¿Por qué para el autor del escrito no valen para la libre competencia los miles de oferentes recicladores, sino los cuatro antiguos concesionarios privados del aseo?»

Respuesta: No hay sesgo ideológico, como tampoco la protección de algunos concesionarios antiguos en la prestación del servicio de aseo, conforme a las razones que han sido plasmadas en párrafos precedentes. Tampoco hay invisibilidad de la entrada de «miles de oferentes al servicio de aseo», referidos a las personas que conforman la población recicladora. Dicho sea de paso, la Procuraduría, conforme a sus funciones de índole preventivo, ha acompañado el cumplimiento de las metas que deben cumplir las autoridades del Distrito. Pero la vigilancia en el cumplimiento del ordenamiento jurídico no puede significar la anulación o la «invisibilidad» de los derechos de la población recicladora, ya que habían formas de cumplir algunas acciones afirmativas como el pago del aprovechamiento y porque el cumplimiento de otras metas tenían carácter progresivo; igualmente, porque el régimen de libertad de empresa no es excluyente con la inclusión de los recicladores, como de manera concreta lo explicó y demostró SAMUEL PARADA COBOS, gerente de la empresa de Aseo de Bucaramanga y persona que rindió testimonio a solicitud de la defensa.

g. «¿No hay aquí una ruptura del principio de imparcialidad que guía el servicio público de acuerdo a la Constitución, pero por parte del escritor del pliego de cargos de la Procuraduría y que es el que me endilga?» (sic)

Respuesta: no hay ninguna ruptura del principio de imparcialidad por parte de la Procuraduría. Precisamente la afectación del principio de libertad de empresa supone la parcialidad del funcionario que implementó un modelo o esquema transitorio, que se empezó a volver permanente y no contemplado en el ordenamiento jurídico, y cuando, sin justificación y causa razonable, se impusieron una serie de condicionamientos y limitaciones que solo eran posibles con la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo, posibilidad a la que de manera reciente renunció el mismo disciplinado.

11. Frente a otro cuestionamiento que a modo de reiteración expresó el disciplinado, la Sala debe aclarar nuevamente que no sugirió que los recicladores debían esperar su remuneración hasta la nueva licitación de ASES. Sin duda, esta apreciación es totalmente equivocada, porque en varios apartes del pliego de cargos se afirmó de manera clara lo siguiente:

> Por la otra, si de lo que se trataba era de la remuneración de la actividad de los recicladores, según la CRA, esto sí se podía hacer conforme a la metodología tarifaria vigente. En efecto, el alto comisionado de la CRA señaló que estaba vigente la Resolución CRA 351 de 2005, la cual contenía la metodología tarifaria para remunerar dichos servicios:
>
> La metodología tarifaria vigente en el tema de aseo es la **Resolución CRA 351 de 2005. La normatividad vigente y la metodología tarifaria actual otorgan al Distrito una manera de remunerar el aprovechamiento.** Es decir que el Distrito tiene una manera de remunerar aquellas actividades asociadas al aprovechamiento. Por tanto, **en el marco del modelo vigente, es claro que existe una forma de remunerar ese aprovechamiento** (Artículo 17 de la Resolución 351 de 2005).[103]

En tal sentido, la Sala considera que la remuneración a los recicladores sí podía darse conforme a lo señalado en la Resolución CRA 351 de 2005, dándole total crédito a la explicación de un alto comisionado de la CRA en una reunión del 13 de noviembre de 2012, con la participación de los directivos de varias entidades del Distrito, entre ellas la UAESP y la EAAB. [104] Es más, recientemente así está corroborado por la CRA.[105] Siendo esto tan claro, carece de fundamento que el disciplinado afirme que según el criterio de la Procuraduría los recicladores tenían que esperar.

Por su parte, distinto es que se haya destacado que otras de las acciones afirmativas eran de carácter progresivo y programático, como bien se puede observar de las órdenes de la Corte y como se le puso de presente al señor alcalde mayor de Bogotá. De igual forma, así lo reconoció la entonces directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN, lo cual está corroborado por los continuos informes que han sido presentados a la Corte Constitucional sobre plan de cumplimiento de metas de las acciones afirmativas a favor de la población recicladora.

Si lo anterior es así, la conclusión es que no es cierto que para haber emprendido las acciones afirmativas a favor de la población recicladora se tuviera que implementar uno u otro modelo, pues ciertamente, debido a varios factores, estas obligaciones no estaban condicionadas a la adopción de determinado esquema. Como prueba de que esto es cierto, en el proceso está probado que aun en el régimen de libre competencia sí es posible garantizar la

---

[103] Ver páginas 9 y 10 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de la CRA. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.
[104] Ver páginas 9 y 10 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de la CRA. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.
[105] Confróntese con el oficio recibido el 5 de septiembre de 2013, suscrito por la directora ejecutiva de la CRA, visible en los folios 1769 y 1770 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.

inclusión de la población recicladora, tal y como lo expuso el señor gerente de la empresa de aseo de Bucaramanga, SAMUEL PRADA COBOS, como uno de los testimonios recibidos en este juicio.

12. Por otra parte, la Sala debe reiterar que ninguno de los cargos formulados están soportados en alguna ideología, como lo sostuvo insistentemente el disciplinado. De manera concreta, en lo que tiene que ver con el Decreto 564 de 2012, tampoco hubo algún prejuzgamiento al analizar las normas de este acto que limitaron la libre competencia en la prestación del servicio público de aseo, en la medida en que el análisis se limitó a verificar las razones por las cuales, a partir del 18 de diciembre de 2012, el manejo, responsabilidad y prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá pasaba a manos del Distrito, sin que ningún otro operador pudiera prestar el servicio de aseo conforme al principio constitucional de la libre empresa. En tal sentido, sobre esta situación irregular, muchas entidades, especialmente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, le advirtieron al señor alcalde mayor de Bogotá, con el suficiente tiempo de antelación, que las únicas limitaciones se podían imponer por la vía de la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo. Sin embargo, al adoptarse el nuevo modelo de prestación de servicio de aseo mediante el Decreto 564 de 2012, ello no se tuvo en cuenta, y todo el manejo y responsabilidad pasó a manos del Distrito, imponiéndose unas condiciones por fuera de la ley, sin Áreas de Servicio Exclusivo y sin ninguna causa razonable, pues está demostrado que las acciones afirmativas en favor de la población recicladora podían cumplirse, sin depender de la implementación de un modelo por fuera del ordenamiento jurídico.

De manera adicional debe decirse que si bien en este momento el Decreto 564 de 2012 goza de presunción de legalidad, ello no es ningún impedimento para que el juez disciplinario analice si en virtud de la expedición de actos administrativos el sujeto disciplinable ha cumplido o no sus deberes funcionales que su condición de servidor público le impone. En efecto, si esto no fuera cierto, el legislador no hubiese contemplado algunos tipos disciplinarios como los contenidos en los numerales 37 y 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, los cuales, para efectos de la respectiva adecuación típica, no exigen ningún tipo de prejudicialidad, dada la autonomía e independencia que caracteriza al derecho disciplinario como subespecie de derecho sancionador. Lo cierto es que a través de los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012 el señor alcalde mayor de Bogotá adoptó una serie de condicionamientos que limitaron el principio de libertad de empresa y excedieron los requisitos plasmados en los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994. Por ello, se interpusieron las respectivas quejas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual ameritó la tramitación de una investigación contra las autoridades del Distrito, entre las cuales está el señor alcalde mayor de Bogotá.

13. Una vez más el disciplinado efectuó otros reparos a modo de interrogante, respecto de los cuales es necesario brindar la respectiva respuesta:

> «¿Acaso el modelo AR, reciclaje y aprovechamiento, que es el objetivo de modelo o Esquema de aseo para Bogotá aprobado en el plan de desarrollo y llamado Basuras Cero, es ilegal?» «¿La Procuraduría puede señalar una sola norma en donde el modelo AR de aseo es inconstitucional o ilegal?

Respuesta: La Sala contesta que obviamente ningún modelo, como el de reciclaje o aprovechamiento, puede ser legal o ilegal, pues esto sí escapa a la competencia de la autoridad disciplinaria, aspecto que indubitablemente hace parte de la esfera de competencia de la autoridad que gobierna. Es decir, frente a si la administración optó por uno u otro modelo ello es un aspecto que está por fuera del alcance disciplinario. Ahora bien, otra cosa ocurre con el modelo de la prestación del servicio de aseo, que este sí está expresamente regulado en el ordenamiento jurídico, en donde la prestación del servicio es en libre competencia o conforme a la única limitación posible, como lo es las Áreas de Servicio Exclusivo.

Obsérvese, en consecuencia, que un aspecto es el modelo de aprovechamiento y reciclaje, y otro muy distinto es el esquema de prestación del servicio de aseo. Y tan cierto es lo que en este momento afirma la Sala, que en virtud de la declaración del señor SAMUEL PRADA COBOS quedó suficientemente explicado que el régimen de la libertad de empresa en la prestación del servicio de aseo sí es compatible con la participación de las personas que se dedican a las actividades de aprovechamiento y reciclaje. En tal forma, para la ciudad de Bogotá, esta conclusión concuerda de manera perfecta con la posición que tenían las distintas autoridades, especialmente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual fue puesta en conocimiento del disciplinado con la debida antelación a la expedición del Decreto 564 de 2012, y en la cual se advertía, por una parte, que sí era posible remunerar la actividad del reciclaje, mientras que por la otra que muchas de las acciones afirmativas tenían un carácter progresivo, en virtud de lo cual estas podían cumplirse sin depender de la adopción de uno u otro esquema para la prestación del servicio de aseo.

Por eso, tiene razón el disciplinado cuando en otros apartados explicó lo siguiente:

> Los dos esquemas, AR y RBL van por vías separadas, en tiempos separados, con operadores claramente diferenciados e independientes entre sí y aunque coexisten, transitoriamente, pues lo que se espera es que el esquema AR cada vez cobre mayor importancia en términos de cantidad de toneladas a recoger que el esquema RBL, por ser el más amigable al medio

> ambiente, razón también por la cual es deber del Estado fortalecer el esquema AR y priorizarlo.

De tal forma, para la Sala es absolutamente claro que uno es el esquema del servicio de aseo, el cual debe prestarse por la regla de la libertad de empresa o por su única limitación posible, a modo de excepción, como lo es las Áreas de Servicio Exclusivo. Pero, al ser precisamente una «vía separada» el esquema de aprovechamiento que involucra a la población recicladora puede coexistir, o bien en las Áreas de Servicio de Exclusivo, o bien en el régimen de libertad de empresa, tal y como lo demuestra por vía de ejemplo una ciudad como Bucaramanga, conforme a la explicación del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS.

En consecuencia, no es cierto que la posición de la Sala choque con «el pensamiento científico mundial sobre la mitigación del cambio climático», ni que ella esté en contra de la Constitución Ecológica, pues el esquema de aprovechamiento no depende, como lo pretende hacer valer el disciplinado, de un particular esquema transitorio no contemplado en la ley afectándose el principio de libertad de empresa.

Por las mismas razones, el hecho de que la ciudadanía haya «votado por la tesis programática de dejar de usar progresivamente el relleno sanitario y pasar a la reutilización y aprovechamiento de residuos», ello no significaba que se tuviera que adoptar un modelo de prestación del servicio de aseo diferente al que en la ciudad de Bogotá venía rigiendo o aquel otro que se ajustara igualmente al ordenamiento jurídico, respetando siempre el principio de libertad de empresa.

14. Pasemos ahora a esbozar las razones por las cuales la Sala estima que no son procedentes otro bloque de argumentos expuestos por el disciplinado, tendientes a justificar el esquema transitorio adoptado por el Decreto 564 de 2012. Veamos.

En primer orden, no es cierto que la Sala haya considerado de ilegal el esquema adoptado por el Decreto 564 de 2012 por el simple hecho de haberse mencionado la palabra «transitorio». En efecto, si se observa con atención el reparo siempre ha consistido en que el señor alcalde mayor de Bogotá creó un modelo que no estaba contemplado en el ordenamiento jurídico, pues, como ha sido señalado en varias oportunidades, las dos únicas formas de prestar el servicio de aseo era bajo el régimen de libertad de empresa o con la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo. Otra cosa es que se haya resaltado que ese modelo por fuera de la ley lo hubiese llamado el Distrito como «transitorio», para significar que era una forma excepcional de prestación del

servicio mientras se procedía a efectuar la licitación que adjudicara las Áreas de Servicio Exclusivo.

Esta conclusión se puede apreciar conforme a lo que fue definido por el artículo 2 del Decreto 564 de 2012, y concretamente a lo señalado en el parágrafo de dicha norma:

> a. **Artículo 2 del Decreto 564 de 2012. Esquema transitorio del Servicio de Aseo.** En cumplimiento de lo ordenado los autos 275 de 2011 y 084 de 2012 de la Honorable Corte Constitucional, **se adopta para la ciudad de Bogotá, de manera transitoria, el esquema de prestación del servicio se aseo contenido en este decreto** con el fin de garantizar el cumplimiento del programa Bogotá Basura Cero establecido en el Acuerdo n.° 489 de 2012, por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social y Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D. C. 2012 – 2016, y atender la obligación de ejecutar a cabalidad el plan de inclusión de la población recicladora, así como para garantizar la continuidad del servicio en condiciones de calidad y sin discriminación para la totalidad de los habitantes de la ciudad y asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones de prestación, coordinación, supervisión y control del servicio atribuidas por la Constitución Política y la ley al Distrito Capital.
>
> **PARÁGRAFO. La transitoriedad del esquema adoptado en el presente decreto se extiende hasta la fecha en la cual se adjudiquen, mediante licitación pública, contratos de concesión del servicio público de aseo según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.**

En segundo lugar y como consecuencia de la anterior precisión, no puede ser de recibo que se diga que la supuesta transitoriedad que fijó el Decreto 564 de 2012 estaba relacionada con el cambio del modelo RBL tradicional al modelo AR o "Basuras Cero". Ciertamente esta es una apreciación del disciplinado tendiente a que se piense que de un día para otro o, incluso, en un tiempo muy corto, la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá iba a pasar de la recolección de los residuos sólidos al aprovechamiento en el cien por ciento de ellos, como si se pudiera prescindir de los operadores que habitualmente deben recoger los residuos sólidos en vehículos compactadores y que su actividad fuera reemplazada de manera total por la actividad que desempeña la comunidad recicladora.

Sobre este punto, la Sala no desconoce los avances en cuanto a la importancia del aprovechamiento del reciclaje, pues, por una parte, ello tiene unos beneficios considerables para el cambio climático y el medio ambiente, y, por la otra, es una forma de vincular y reconocer de forma digna la prestación del servicio de las personas que se dedican a tan noble labor. Pero, de ahí a considerar que esta idea, coincidente con los parámetros fijados por la Corte

Constitucional, tuviera que significar un cambio abrupto en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, con afectación del principio de libertad de empresa, con la incapacidad e inexperiencia de un operador público y con riesgos para el medio ambiente y los ciudadanos de la ciudad capital, ello no es aceptable y no sirve como causal de justificación para explicar la comisión de las conductas que ahora se investigan por parte de este organismo de control.

En tercer orden, es cierto y apenas obvio que en virtud de los parámetros fijados por la Corte Constitucional la población recicladora se iba a beneficiar, gracias a las acciones afirmativas que el Distrito tenía que adoptar en favor de ellas. Sin embargo, como se ha venido explicando, las acciones afirmativas no dependían de la implementación de un modelo por fuera del ordenamiento jurídico y que la prestación del servicio se asumiera por un operador público sin experiencia y capacidad, lo que generó fallas en la correcta prestación e irregularidades administrativas que le han generado sobrecostos a la ciudad capital.

En cuarto y último orden, el disciplinado destacó que el tránsito al esquema de aprovechamiento estaba de acuerdo al programa de gobierno «Basuras Cero», en donde el modelo tradicional de RBL progresivamente reducía su importancia en volumen de toneladas de recolección de basuras. Sin duda, esto de alguna manera es cierto, porque la lógica indica que a mayor actividad de reciclaje menor recolección de residuos sólidos. Pero la equivocación del argumento del disciplinado radica en hacer creer que es tal la actividad de reciclaje, que en un tiempo muy corto se pudiera prescindir de la recolección total de los residuos sólidos. Lastimosamente, ello no puede ser así, porque muy a pesar de los sobrados esfuerzos que se hagan en el mediano plazo se necesitará que se continúe prestando el servicio de recolección en la forma como habitualmente se ha venido haciendo, desde luego adoptando todas las medidas que sean necesarias para procurar, incentivar, garantizar y efectivizar el mayor reciclaje y aprovechamiento que sea posible.

Tan cierto es lo anterior, que ello fue la razón por la que el Distrito, días después de la ostensible crisis presentada en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, tuvo que volver a contratar a los operadores privados; así mismo, mientras transcurrió la presente investigación se demostró que fueron ingresando vehículos compactadores al operador público para solventar su incapacidad inicial para seguir prestando el servicio como habitualmente se venía haciendo; de la misma forma, una prueba de que los niveles de aprovechamiento y reciclaje recientes se mantienen sin reducir la recolección de residuos sólidos como sería la aspiración del programa «Basura Cero» es que el número de toneladas de basuras que se recogen a diario en la ciudad de Bogotá siguen siendo aproximadamente iguales, como en su momento lo destacó la entonces directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN. Es más, hasta donde se tiene conocimiento, los contratos con los operadores privados y la

prestación del servicio por parte del operador público se ha venido manteniendo, por lo que, por muy importante y significativo que pueda ser la labor de reciclaje, la actividad de recolección de residuos sólidos se torna todavía necesaria y, mientras ello ocurra, la prestación del servicio de aseo se debe cumplir conforme a los cánones establecidos en el ordenamiento jurídico.

Concretamente, el servicio de aseo en la capital de la República debía y debe continuar prestándose de la manera más eficiente y correcta posible y, paralelamente, sin afectarse otros principios constitucionales como el de la libertad de empresa en cabeza de quienes quieran participar de este mercado, y sin que ello signifique que se deban abandonar todas las medidas posibles para procurar el aprovechamiento e incluyendo en condiciones dignas a la población recicladora.

Así las cosas, es equivocada la afirmación del disciplinado cuando dice que «los concesionarios antiguos gozan de especial protección por parte de la Procuraduría», pues la correcta prestación del servicio del aseo por entidades capaces y con experiencia, la protección de los principios de la libertad de empresa en los servicios públicos, la evitación de riesgos graves para la salud humana y el medio ambiente y el cumplimiento de las medidas en favor de la población recicladora no deben entenderse que sean excluyentes, por lo que la garantía de unos no debe, en manera alguna, significar el sacrificio, el desconocimiento o la «invisibilización» de los otros.

6.1.2 Argumentos presentados por cada uno de los cargos formulados.

6.1.2.1 En cuanto al primer cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único:

> 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 Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de 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.

6.1.2.1.1 Argumentos de defensa.

Los cuestionamientos frente a esta imputación fueron los siguientes:

1. Que el cargo es impreciso, no es claro y en él se hacen afirmaciones no probadas, ni demostradas en el expediente disciplinario. Así mismo, que cuando se formuló el cargo no se tuvieron en cuenta las funciones asignadas al alcalde mayor de Bogotá, ni tampoco se mencionó cómo se transgredieron. En tal forma, sostuvo que no hubo explicación para determinar cuál era la relación funcional de la conducta imputada, para encuadrarla en el artículo 48, numeral 31, de la Ley 734 de 2002. Al respecto, afirmó que era requisito la descripción y determinación de la conducta investigada, con la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó. Igualmente, que el hecho de haber impartido órdenes y medidas a los funcionarios encargados de la ejecución a través de sus entidades descentralizadas para que «asumieran la prestación del servicio público de aseo» de ello no se puede concluir que tal política y directriz conllevara «una orden, instrucción o determinación para los ejecutores a suscribir contratos interadministrativos por fuera de la normatividad», dejando claro que de todas maneras ello no ocurrió.

En un aparte posterior, pero relacionado con este aspecto, indicó que quería saber en el presente caso como se incumplió las funciones genéricas o específicas, haciendo alusión al cargo de alcalde mayor y al manual de funciones. Reiteró que en ninguna parte se señaló cuáles eran las funciones del cargo del alcalde mayor, lo cual era otra gran falencia del cargo imputado, pues allí no se indicó cuál era la función a la que había faltado. Que por estas consideraciones se debía concluir que la tipificación de la conducta efectuada en este caso era errada, en tanto no existía prueba que condujera a la certeza sobre la existencia de la falta disciplinaria como tampoco había la relación directa con el deber funcional del cargo de alcalde, lo que generaba una violación directa sustancial al aplicar indebidamente la norma, debido a que no se hacía un adecuado juicio de tipificación de la conducta, vulnerando así el debido proceso.

2. Que el ente investigador desconoció que las entidades descentralizadas por servicios cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio, como lo es la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP). Igualmente que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) es una empresa industrial y comercial, también con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, la cual contaba con «con experiencia y organizacional para prestar el servicio público domiciliario de aseo, directamente y con el apoyo de sus filiales». Que con este marco de autonomía las entidades descentralizadas realizaban su gestión contractual.

3. Que la falta disciplinaria descrita en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único tenía una serie de ingredientes que no le aplicaban, por lo que era inexistente y reflejaban que el ente investigador añadía como irregularidad disciplinaria una conducta que no se adecuaba a la normatividad en estas condiciones. Al respecto, se preguntó cómo los investigadores pudieron concluir que el alcalde participó en la etapa precontractual y en la actividad contractual de estas entidades. Así mismo, se cuestionó que en dónde estaba probado. De tal forma, agregó que no había duda de que, en el marco de la autonomía de las entidades descentralizadas, estas realizaron su propia gestión contractual. Sobre este particular aclaró que tampoco se podía concluir que por el hecho de actuar como jefe de Gobierno y facultado para fijar las políticas y directrices a la administración distrital se le podía considerar partícipe en el proceso de contratación. Igualmente, que como miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto de Bogotá (EAAB) no tuvo participación en los procesos de contratación en lo que tenía que ver con la elaboración de los estudios previos, preparación de propuestas o celebración de contratos. Por ello, concluyó que el cargo formulado contenía aseveraciones no ciertas, cuando se señalaba que las directrices dadas a las entidades conllevaron a que estas suscribieran los convenios interadministrativos y que se participara en las etapas precontractual y contractual con violación a los principios en materia contractual.

4. Por otra parte, también refirió que en virtud del principio de ilicitud sustancial, consagrado en el artículo 5.° de la Ley 734 de 2002, no bastaba la mera contradicción entre la norma que consagraba el deber funcional y el comportamiento del servidor público, pues se requería un incumplimiento de funciones con «contenido», esto es, que comportara o representara una injustificada «lesión efectiva o puesta en peligro de la transparencia, legalidad y eficiencia de la función pública». Para ello citó una publicación de la Procuraduría del año 2006 en donde se establecía que «El derecho disciplinario no impone el deber por el deber, tampoco reprocha la afectación material o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino sanciona aquellas conductas que examinadas en el contexto de su realización impliquen la afectación sustancial a los deberes».

5. Por otra parte, señaló que tampoco era aceptable que la Procuraduría desconociera el margen de interpretación que tenía el Alcalde, los funcionarios de la administración distrital y de sus entidades descentralizadas, dentro de lo razonable, de la Constitución, la ley y el ordenamiento jurídico en general, y pretendiera hacer obligatorias para la administración las recomendaciones que, en ejercicio de funciones de prevención, efectuaban los órganos de control u otras autoridades públicas. Por ello aseveró que él, como ciudadano honesto, respetuoso de la ley, no podía aceptar que se le endilgara una conducta dolosa, con fundamento en diferencias interpretativas y lecturas parcializadas de

noticias y publicaciones de los medios de comunicación y no en pruebas reales, contundentes y serias.

Como argumento complementario, dijo que las normas jurídicas, e incluso las decisiones judiciales, admitían diferentes lecturas, y que prueba de ello era, en este caso y entre otros, el auto de «20 de marzo de 2013 del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá» y la providencia de «22 de marzo de 2013 del Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad (Sección Segunda)», cuyos contenidos mostraban una postura diferente a la de la Procuraduría y más cercana a la que tenía el alcalde mayor, muy a pesar de que el ente de control les haya querido quitar valor a tales decisiones.

6. De manera posterior, refirió que la Procuraduría no podía coadministrar y que por eso no resultaba razonable que en el pliego de cargos se le indicara a él como alcalde y a la administración distrital cómo debían asumir la ejecución del Plan de Inclusión de la Población Recicladora. Para ello, recalcó que en el Plan de Desarrollo (Acuerdo 489 de 2012) se incorporó el programa «BASURA CERO», presentado en el programa de gobierno, el cual se desarrolló atendiendo las orientaciones contenidas en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aprobado por la Ley 629 de 2000. Que este programa y las decisiones de la Corte Constitucional para la inclusión de la población recicladora en el desarrollo de las actividades de aprovechamiento de los residuos sólidos utilizables fueron las pautas que orientaron la búsqueda de los mejores mecanismos para cumplir estos propósitos, para lo cual, lejos de lo afirmado por la Procuraduría, llevaron a la toma de decisiones debidamente sustentadas y estudiadas, previa la evaluación de diferentes alternativas.

Sobre ese tópico agregó que «como resultado de la evaluación de estas alternativas, entre ellas la creación de un nuevo operador público de aseo, finalmente llevaron a concluir que la mejor alternativa para garantizar la prestación del servicio de aseo, el cumplimiento del Plan de Desarrollo y de las decisiones de la Corte Constitucional era a través de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá». Señaló que esta empresa podía extender su objeto a la prestación de otros servicios públicos domiciliarios, como en efecto lo hizo, agregando que la Procuraduría se centró en el mero hecho de la fecha de modificación del objeto social de la EAAB para sustentar los argumentos sobre la falta de experiencia en la prestación del servicio de aseo. Además, dijo que el saneamiento básico era un aspecto fundamental de la labor que por décadas ha desarrollado la EAAB, quien tiene amplia experiencia «en la recolección y disposición de residuos sólidos y en el manejo, control y operación de la flota, que en últimas son los mismos elementos esenciales de la recolección de basuras en el servicio de aseo.»

De la misma manera, aseveró que la Procuraduría había desconocido que la capacidad organizacional y técnica de la EAAB se debía medir realmente por el conocimiento de su personal y su capacidad de gerencia, aunado al hecho de que esta, aun cuando era una entidad estatal, se regía por las mismas reglas de economía de mercado que las empresas privadas, por lo cual también le era posible acudir a la tercerización de servicios y actividades, entre los mecanismos que la gerencia establecen como conveniente para una buena administración y optimización de los recursos.

7. Finalmente y a manera de reiteración, el disciplinado insistió en lo siguiente:

a. Que la flota de compactadores pertenecían al Distrito, ya que así lo establecían los contratos de concesión y porque ellos habían sido pagados por las tarifas que habían pagado los usuarios. Que esta posición había sido señalada por el Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad.

b. Que resultaba contradictorio que mientras «la Procuraduría insistía en que los vehículos eran de propiedad de los operadores privados, con lo cual estos sí tenían la capacidad para prestar el servicio de aseo», que él como alcalde hubiese recibido un control de advertencia de la Contraloría Distrital (comunicación radicada n.° 1-2013-20422), correspondiente a las gestiones adelantadas por el Distrito para la reversión de los vehículos en manos de los particulares, destinados a la prestación del servicio de aseo.

c. Que no existía la menor duda de que los operadores privados CIUDAD LIMPIA, ASEO CAPITAL, LIME y ATESA solo podían hacer uso de los vehículos de propiedad del Distrito y detentar los contratos de condiciones uniformes hasta el 17 de diciembre de 2012, pues hasta esa fecha tenía derecho a ello en virtud a los contratos de concesión suscritos, pero luego de esa fecha, al no existir ningún vínculo contractual, lo único procedente era efectuar su reversión al Distrito.

d. Que, por tanto, contrario a lo afirmado por la Procuraduría, los operadores privados para el 18 de diciembre de 2012 no tenían la capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo, pues no tenían los contratos ni los equipos necesarios para prestar el servicio de aseo ni podían hacer uso de ellos.

6.1.2.1.2 Consideraciones de la Sala.

1. La Sala debe señalar, como primera medida, que un aspecto es la ausencia o falta de precisión y claridad en un cargo formulado, y otra muy distinta es que la imputación adolezca de afirmaciones no probadas o demostradas. En tal sentido, en cuanto a la supuesta falta de precisión y claridad repasemos el primero de los cargos formulados:

> 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 Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de 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.
>
> Con dicho comportamiento, se dijo que el disciplinado posiblemente incurrió en la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:
>
> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 31. **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.**
>
> Además, también se precisó que el disciplinado actuó posiblemente de determinador, modalidad de autoría para la realización de una falta disciplinaria, contemplada en el artículo 26 del Código Disciplinario Único.

Así las cosas, por ningún lado observa la Sala que la falta de precisión y claridad aducidas por el disciplinado sea cierta. En efecto, si se observa con atención, todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta, presuntamente cometida en ese momento, fueron señaladas en dicha

imputación. En cuanto al tiempo, se dijo que el disciplinado tomó la decisión en el segundo semestre del año 2012, determinación que se vino a concretar cuando las entidades del Distrito celebraron los referidos contratos administrativos para que el operador público asumiera la prestación del servicio de aseo (11 de octubre de 2012 y 4 de diciembre de 2012). En cuanto al modo, claramente se señaló que el disciplinado actuó en su condición de alcalde mayor de Bogotá y el comportamiento se le atribuyó en la modalidad de determinador. Y en cuanto a la circunstancia de lugar, de la imputación se deduce que la conducta ocurrió en la ciudad de Bogotá, en la medida en que las irregularidades contractuales, cuya determinación estuvo en cabeza del alcalde, se presentaron en las entidades del Distrito capital, esto es, la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. Así mismo, de forma concreta se dijo que ninguna de las entidades públicas que asumieron la prestación del servicio contaba con la más mínima experiencia y capacidad requerida.

De esa forma, no es cierto que el cargo hubiese sido impreciso o que le haya faltado claridad. De hecho, si se analizan las exculpaciones presentadas por los sujetos procesales, fácil será concluir que las defensas han sido lo suficientemente coherentes con los cargos que fueron formulados, pues para el primero de ellos, tanto defensor como disciplinado han expuesto que las entidades del Distrito sí contaban con la experiencia y capacidad requerida. Por lo tanto, si fuera cierta la falta de claridad o de precisión, los sujetos procesales jamás hubieran entendido la imputación y, por ende, no habrían podido defenderse de ella.

Por su parte, una cuestión diferente es que se diga que el cargo adolece de afirmaciones no probadas ni demostradas. Sin embargo, para la Sala esto tampoco es cierto, porque en todos los cargos que se formularon se explicaron las pruebas que a esa altura procesal demostraba la presunta responsabilidad del disciplinado. En cuanto al primer reproche, de manera clara se enunciaron y analizaron las pruebas que demostraron, por una parte, la falta de capacidad técnica y operativa de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá para asumir la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, entre ellas las notorias deficiencias de los estudios previos del contrato 017 del 11 de octubre de 2012 y el contrato 0809 del 4 de diciembre de 2012. De similar modo, las actuaciones contractuales que se adelantaron de manera rápida y simultánea para tratar de solventar la evidente falta de capacidad, tales como la invitación pública 804 celebrada en el mes de octubre de 2012 por parte de la EAAB, lo cual en todo caso fue insuficiente por cuanto al inicio de las operaciones no se contaba con estos medios. Igualmente, los diferentes contratos suscritos por la empresa Aguas de Bogotá, entre ellos el alquiler de vehículos compactadores, que tuvo muchas irregularidades y que ameritó el inicio de varias investigaciones, y el alquiler de un excesivo número de volquetas, todo ello también insuficiente, además de que el uso de las volquetas era técnica y reglamentariamente improcedente para la prestación del servicio. De manera

similar, la urgencia manifiesta del 17 de diciembre de 2012, decretada la UAESP, y los diferentes contratos para que los operadores privados volvieran asumir el servicio de aseo en los días posteriores a la crisis. Y, por si fuera poco, los hechos notorios y de público conocimiento acaecidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, acreditados con los abundantes registros fílmicos que abundan en la actuación y respaldados con una prueba pericial para determinar los riesgos e impactos ambientales. Incluso, muchos de esos riesgos e impactos son corroborados en cierta medida con otras pruebas que fueron aportadas por el disciplinado y por un testimonio practicado en juicio, como en otro apartado se explicará.

Por la otra, en cuanto a la determinación del disciplinado, también se analizaron las diferentes comunicaciones que obran en el expediente, que daban cuenta de la decisión adoptada por el señor alcalde mayor de Bogotá; la condición del disciplinado como presidente de la Junta Directiva de la EAAB; las diferentes reuniones sobre este tema llevadas a cabo en el despacho del señor alcalde mayor de Bogotá, las cuales contaron con su presencia y dirección; los varios actos públicos y oficiales, en donde se demostró que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo fue del señor alcalde.

En consecuencia, tampoco es cierto que las afirmaciones que hizo la Sala no estuvieran acreditadas en pruebas, pues, por el contrario, en el proceso abundan diferentes medios de convicción que respaldan todas estas afirmaciones. En todo caso, muchas de las pruebas practicadas en juicio corroboran estas conclusiones, para que la Sala, con el grado de certeza exigido, pueda elaborar sus conclusiones.

Ahora bien, tampoco puede ser de recibo que se diga que cuando se formuló el cargo no se tuvieron en cuenta las funciones asignadas al alcalde mayor de Bogotá, ni que mencionó cómo se transgredieron, y que no hubo explicación para determinar cuál era la relación funcional de la conducta imputada para encuadrarla en el artículo 48, numeral 31, de la Ley 734 de 2002, pues es claro que para la tipicidad de las faltas gravísimas basta que el comportamiento de adecúe a una de las descripciones contenidas en cualquiera de los numerales establecidos en el artículo 48 del Código Disciplinario Único. No de otra manera pudiera hacerse, pues jamás una norma que contenga un deber, una prohibición o una función va a explicar a nivel de detalle los comportamientos en que no puede incurrir el servidor público como aquellos descritos de manera cerrada para las faltas gravísimas. Por lo tanto, no es cierto que se haya generado una violación directa sustancial al aplicar indebidamente la norma, pues, contrario a lo sostenido por el disciplinado, sí se efectuó un adecuado juicio de tipificación de la conducta.

Igualmente, lo que el disciplinado llama como el simple hecho de «haber impartido órdenes y medidas a los funcionarios encargados de la ejecución a través de sus entidades descentralizadas para que asumieran la prestación del servicio público de aseo» es lo que precisamente significa para la Sala la determinación en que incurrió el señor alcalde mayor de Bogotá para que las entidades del distrito celebraran contratos interadministrativos totalmente irregulares, pues no se podía asignar la prestación del servicio de aseo a entidades públicas carentes de la más mínima experiencia y capacidad.

Sin embargo, para el disciplinado lo anterior no deja de ser una simple política y directriz que no conllevaba una orden, instrucción o determinación para que se suscribieran contratos interadministrativos por fuera de la normatividad. Pero, para la Sala, las pruebas demuestran un panorama totalmente distinto, pues el cambio de modelo de la prestación del servicio de aseo dejó de ser una «simple y pura política» el día en que se suscribieron los contratos interadministrativos, lo cual generó la inversión de cuantiosos recursos, pero con deficiencias sumamente graves en la prestación del servicio de aseo, todo porque se asignó la responsabilidad de dicha actividad a unas empresas públicas sin la más mínima experiencia y capacidad, y muy a pesar de las múltiples advertencias efectuadas por varias autoridades del orden nacional y distrital.

2. No es cierto que la Sala hubiese desconocido que las entidades descentralizadas por servicios cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio, como lo es la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), pues en el reproche formulado así se explicó al momento de analizar la naturaleza jurídica de estas entidades. Ahora bien, la Sala debe aclarar que esa personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio no fue ningún obstáculo para que el señor alcalde mayor tomara las respectivas decisiones que cambiaron el modelo de prestación del servicio de aseo, determinando que empresas del Distrito sin capacidad y la más mínima experiencia asumieran la prestación de tan importante servicio.

3. Frente a otro cuestionamiento relacionado con este primer cargo, la Sala debe recordar que la imputación de la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único se hizo en la modalidad de determinación, según lo establecido en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que dispone lo siguiente:

> ARTÍCULO 26. AUTORES. **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.

(Negrillas fuera de texto)

De esa forma, la imputación consistió en que el señor alcalde mayor de Bogotá determinó a los directores de las entidades del Distrito, entre ellas la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, para que estas dos últimas empresas asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. En otras palabras, lo reprochado fue precisamente la determinación de dar aquellas «órdenes y medidas a los funcionarios encargados de la ejecución a través de sus entidades descentralizadas para que asumieran la prestación del servicio público de aseo», que en sentir del disciplinado no es más que una política y directriz. Si esto es así, es obvio que todos los ingredientes de la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único sí le aplican al disciplinado, pues la cláusula del artículo 26 del mismo estatuto hace una equivalencia entre «quien comete la falta» y quien «determina a otro a cometerla».

En el presente caso, quienes cometieron las irregularidades fueron los directores de las entidades descentralizadas del Distrito, pero mediando la determinación del señor alcalde mayor de Bogotá, funcionario que asumió como suya la decisión el cambio de modelo, tanto en actos públicos como oficiales, y al que se le hicieron las numerosas advertencias por un buen número de entidades.

Sobre este preciso aspecto, la Sala considera necesario destacar que resulta obvio que el señor alcalde mayor de Bogotá no tuvo participación directa en las precisas actividades que conformaron las etapas precontractuales y contractuales de los dos contratos interadministrativos, como por ejemplo la elaboración de los estudios y actividades muy puntuales. Es más, seguramente ni los directores de las entidades que suscribieron estos convenios así lo hicieron. Pero es lógico considerar que en una estructura administrativa intervienen un sinnúmero de funcionarios, todos ellos cumpliendo los determinados roles que le son asignados, pero con la inapelable particularidad de que las funciones se ejercen en la dirección de lo ordenado por los respectivos superiores. En el presente caso, esta situación es evidente, pues la asignación de la prestación del servicio de aseo a las entidades públicas del Distrito siempre estuvo bajo el dominio y decisión del señor alcalde mayor de Bogotá, quien además tenía una segunda condición como miembro de la Junta Directiva de la EAAB, tal y como lo demuestran todas las pruebas obrantes en el proceso, conclusión que es totalmente consecuente con muchos de sus argumentos de exculpación.

4. En cuanto al principio y categoría de la ilicitud sustancial, la Sala responde que la apreciación del disciplinado es equivocada, pues la imputación no se soportó únicamente en «la mera contradicción entre la norma que consagraba

el deber funcional y el comportamiento del servidor público», pues, una vez se hizo el juicio de adecuación típica, sobre la ilicitud de la falta se dijo lo siguiente:

> En cuanto a la categoría de la ilicitud disciplinaria, según las voces del artículo 5 del estatuto disciplinario, la presunta realización de la falta disciplinaria atribuida al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición alcalde mayor de Bogotá, posiblemente afectó el deber funcional, sin que hasta el momento esté demostrado en el proceso causal de justificación alguna.
>
> En concordancia con lo establecido en el artículo 22 del Código Disciplinario Único, la afectación del deber funcional sería sustancial, por estar en contravía de la garantía de los principios que rigen la función pública. Al respecto, esta norma establece lo siguiente:
>
> Artículo 22. Garantía de la función pública. **El sujeto disciplinable, para salvaguardar la** moralidad pública, **transparencia, objetividad,** legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, **economía,** neutralidad, eficacia y eficiencia **que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función,** ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.
>
> (Negrilla fuera de texto).
>
> La Sala entiende que si la tipicidad corresponde a un juicio de adecuación en donde determinada conducta se ajusta a la inobservancia de una regla, su desconocimiento conlleva al incumplimiento de principios, aspecto que corresponde analizar en sede de la antijuridicidad o ilicitud del comportamiento.
>
> En el presente caso, en cuanto a la tipicidad se dijo que posiblemente se violaron determinadas reglas, con cuya inobservancia presuntamente se violaron principios de la contratación estatal como la transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad.
>
> Si así son las cosas y como primera medida dichos principios son por esencia de la contratación estatal, también la transparencia, la economía y la objetividad son principios de la función pública, tal y como se observa de la lectura del artículo 22 del Código Disciplinario Único.
>
> En consecuencia, verificada la tipicidad, que en el caso del numeral 31 del artículo 48 del CDU corresponde al desconocimiento de reglas contractuales que impactan principios de la contratación estatal, se tiene que con dicho comportamiento también se impactan los principios que

deben analizarse en la categoría de la ilicitud disciplinaria, pues la transparencia, la economía y la objetividad son de la esencia de una y otra materia, es decir, tanto en un campo restringido como lo es la contratación estatal como en un ámbito más amplio como lo es la función pública.

Esta conclusión es coherente con lo que el legislador estableció, de tiempo atrás, en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, norma que se refiere a los principios de la función pública (titulados en esa norma como principios de la función administrativa), entre los cuales se destacan los principios antes mencionados e, inclusive, el principio de responsabilidad:

Artículo 3°. Principios de la función administrativa. **La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la** buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, **economía,** imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, **responsabilidad y transparencia.** Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

(Negrilla fuera de texto).

Y este análisis de los principios de la función pública en sede de antijuridicidad es totalmente consecuente con lo que está ordenado en el parágrafo de la norma atrás señalada:

Parágrafo. **Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control** y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y **al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes** constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

(Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, la Sala considera que si con el comportamiento atribuido al disciplinado presuntamente se incurrió en la falta disciplinaria señalada en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, de la misma forma posiblemente se desconocieron los principios de la función pública que pretende proteger el derecho disciplinario, conclusión que soporta el juicio de valoración para determinar la presunta ilicitud de la conducta cometida.

Así las cosas, en los párrafos transcritos del pliego de cargos, está lo que el disciplinado denominó como «un incumplimiento de funciones con «contenido»; es decir, «la injustificada lesión efectiva o puesta en peligro de la transparencia, legalidad y eficiencia de la función pública». Esta apreciación concuerda con la tesis puesta de presente por el disciplinado de que «el derecho disciplinario no impone el deber por el deber, tampoco reprocha la afectación material o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino sanciona aquellas conductas que examinadas en el contexto de su realización impliquen la afectación sustancial a los deberes».

5. La Sala no desconoció ni está desconociendo el margen de interpretación que tiene alcalde mayor de Bogotá, los funcionarios de la administración distrital y de sus entidades descentralizadas para la toma de las respectivas decisiones dentro del margen de lo razonable, conforme a lo establecido en la Constitución, la ley y el ordenamiento jurídico. Pero el margen de interpretación no debe confundirse con la posibilidad de que un servidor público, cualquiera que sea, desconozca con su conducta los mínimos principios y reglas impuestos por el ordenamiento jurídico, más cuando se trataba de reglas contractuales y de prestación de servicios públicos de elemental acatamiento, y cuando varias entidades del orden nacional y distrital así se lo hicieron ver muchas veces al señor alcalde mayor de Bogotá.

Ahora bien, en ningún momento la posición de la Sala es pretender hacer obligatorias todas las advertencias y recomendaciones que le efectuaron los órganos de control y otras autoridades públicas, pues si así hubiese sido seguramente su desconocimiento hubiese conllevado a otra imputación. No obstante, la Sala no podía pasar por alto las diferentes y numerosas previsiones que estas autoridades le hicieron al burgomaestre distrital, pues es la necesaria forma de probar el conocimiento y representación que tuvo el disciplinado sobre la ilicitud del comportamiento. Una hipótesis distinta hubiese sido que no hubiere mediado ninguna previsión o advertencia y, en ese caso, tal vez el análisis de la realización del comportamiento hubiese sido diferente. Pero en el presente caso sucede lo contrario: todas las entidades en el año 2012 vieron que el Distrito no tenía ninguna entidad que contara con la experiencia, conocimiento y capacidad mínima requerida para la prestación del servicio público de aseo. Y la obviedad de esa situación fue oportunamente puesta en conocimiento del señor alcalde mayor de Bogotá, quien hizo caso omiso y continuó con la implementación de su decisión de asignar la prestación del servicio a un operador público que nunca lo había hecho, lo que generó, por supuesto, la crisis de los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, los enormes sobrecostos para la ciudad y la deficiente prestación del servicio en días posteriores a la crisis, mientras al operador público, después de haberse firmado los respectivos convenios interadministrativos, le iban llegando la flota de compactadores, usados y nuevos, que en todo caso nunca tuvo lista el día del inicio de las operaciones en el nuevo modelo creado.

Así las cosas, esta es la explicación de la prueba del dolo en la conducta cometida y desde luego corroborada con otros medios de prueba practicados en el presente juicio disciplinario. Pero, por estas razones, también es válido aclarar que no es cierto que «la conducta dolosa estuviera únicamente soportada en noticias y publicaciones de los medios de comunicación y no en pruebas reales, contundentes y serias», pues estos registros noticiosos fueron un elemento adicional, coherente e indubitablemente notorio de que el señor alcalde mayor de Bogotá siempre tuvo la voluntad de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad capital, dejando de lado todas las advertencias de varias entidades que como prueba obran en el expediente.

De la misma manera, es cierto que las normas jurídicas y las decisiones judiciales bien pueden ser susceptibles de varias interpretaciones, pero en el presente caso, para el segundo semestre del año 2012, había sobradas razones, fácticas y jurídicas, para advertir que no había ninguna entidad del Distrito que tuviera las más mínima experiencia en la prestación del servicio de aseo, como tampoco una capacidad mínima operativa. Para la Sala, esta conclusión no tenía ninguna dificultad en su interpretación, pues era claro que la EAAB jamás había prestado el servicio público de aseo, ni en la ciudad de Bogotá ni en ninguna otra parte del país. De ahí que así lo hubiesen entendido y comprendido varias entidades del orden nacional y distrital, con la excepción del señor alcalde mayor de Bogotá y las entidades que suscribieron dichos contratos interadministrativos.

6. La Sala también debe destacar que ni con la decisión del pliego de cargos o con la adopción del presente fallo disciplinario el ente de control, que constitucionalmente le corresponde investigar las conductas de los servidores públicos, esté coadministrando. El hecho de que se investigue y se juzgue disciplinariamente a un servidor público que por la naturaleza de su cargo deba administrar, ello no significa, por una parte, que sus decisiones no se tengan que someter a las normas fijadas por el ordenamiento jurídico y, por la otra, que sus decisiones queden indemnes frente al estatuto disciplinario que rige para cualquier servidor público.

Hecha esta precisión, la Sala debe responder que no es cierto que se haya indicado en el pliego de cargos cómo el alcalde y la administración distrital debían asumir la ejecución del plan de inclusión de la población recicladora, pues se ha sostenido, incluso, que ese plan de inclusión no dependía de determinado esquema o modelo de prestación del servicio de aseo, pudiéndose cumplir en el régimen de libre competencia o con la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo. Es más, ha quedado claro cómo sí se podía remunerar la actividad de la población recicladora y, en todo caso, ha quedado acreditado que muchas de las acciones afirmativas se podían cumplir teniendo

en cuenta que ellas tienen un carácter progresivo. Esto es simplemente una respuesta a la supuesta explicación de los sujetos procesales para considerar que solo a través de la implementación del esquema del Decreto 564 de 2012 se podía incluir a la población recicladora, lo cual no es cierto, pero, en todo caso, esta argumentación no significa que se esté coadministrando, que el ente de control se esté entrometiendo en las políticas fijadas en el Plan de Gobierno o que se esté en contra de protocolos relacionados con el Cambio Climático.

Derivado de lo anterior y ante la exculpación del disciplinado, consistente en que la única forma de incluir a la población recicladora era optando por la prestación del servicio por parte de un operador público, no parece excesivo considerar por parte de la Sala que tal apreciación es equivocada y más cuando existe prueba técnica en el expediente de que las acciones afirmativas no son incompatibles o excluyentes con el régimen de libertad de empresa, de la manera que lo expuso el declarante SAMUEL PRADA COBOS. Esto, se repite, no es coadministrar, sino desestimar las explicaciones del disciplinado que pretende que se entienda justificado su comportamiento, al haber asignado la prestación del servicio a un operador público carente de la más mínima experiencia y capacidad técnica. Pero todavía hay más: si fuera cierto que la única forma de garantizar la inclusión de la población recicladora es a través de la prestación del servicio de un operador público, la Sala no entendería las razones por las cuales nuevamente se volvió a contratar a los operadores privados en días posteriores a la crisis de los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2013. Es más, si la urgencia manifiesta que posibilitaron estos contratos fue del 17 de diciembre de 2013, se pregunta la Sala para qué, entonces, o qué imperiosa necesidad había de que el operador público prestara el servicio de aseo. Sería tanto como concluir que por el hecho de que los operadores privados hayan prestado el servicio en determinadas áreas de la ciudad y en los porcentajes fijados por la administración durante el año 2013 ello hubiere impedido el cumplimiento de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora que hasta ahora, de forma paulatina, ha venido cumpliendo el Distrito.

Como una consideración adicional, se debe precisar que no es cierto que para demostrar la incapacidad de la EAAB la Sala haya acudido al «mero hecho de la fecha de modificación del objeto social de la EAAB», pues, además de esto, se tuvo en cuenta la invitación pública 804 con un presupuesto de $80.888.107.999 para la adquisición de maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, los cuales apenas se vinieron a entregar en el mes de abril del año 2013. Así mismo, el traslado de toda la responsabilidad en la prestación del servicio a Aguas de Bogotá, una empresa con serios problemas financieros, como está acreditado y como lo reconoció el disciplinado.

De la misma manera, todos los contratos que se hicieron por parte de Aguas de Bogotá para solventar la incapacidad técnica, en donde se destacan los trámites relativos al alquiler de compactadores, que tampoco estuvieron listos para el día en que inició el nuevo modelo de prestación del servicio de aseo. Relacionado con esto, el excesivo alquiler de vehículos tipo volqueta, aspecto que además de insuficiente se hizo sin atender normas reglamentarias que exigían la prestación del servicio en vehículos compactadores. Entonces, no solo fue «la mera fecha de modificación del objeto social de la EAAB» para acreditar su inexperiencia. Pero, en gracia a la discusión, este elemento no es de poca monta como parece hacer verlo el disciplinado, pues es inocultable que ese hecho por sí solo demuestra que la EAAB jamás había prestado el servicio de aseo, muy a pesar de que se quiera asociar una similitud o analogía con la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado.

Sobre este aspecto, el disciplinado dijo que la capacidad organizacional y técnica de la EAAB se debía medir realmente por el conocimiento de su personal y su capacidad de gerencia. Sin embargo, obsérvese lo que se le preguntó al señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, un testigo solicitado por la defensa, y su contundente respuesta:

> **PREGUNTA:** ¿Por qué sostiene usted que la EAAB no tenía experiencia? **CONTESTÓ:** «**Porque nadie de su personal tenía experiencia en la prestación del servicio de aseo. No tenían una sola persona** que conociera técnicamente la planeación, el diseño de rutas, la asignación de equipos, la modelación de personal, el establecimiento de horarios y de frecuencias. **De todo el personal que nosotros conocimos, no había nadie con esa experiencia. Por una razón: porque nunca lo habían hecho.**».[106]

Así las cosas, ni con el parámetro indicado por el disciplinado, se puede suponer que la EAAB tenía la capacidad y experiencia requeridas para la prestación del servicio. Pero, al margen de ello, lo cierto es que los hechos ocurridos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, acreditados en la actuación y conocidos por la mayor parte del país, demuestran que era cierto que ninguna de las entidades del Distrito estaba preparada para asumir semejante responsabilidad para prestar este importante servicio público. Y esto está suficientemente corroborado en la medida en que se necesitó nuevamente la prestación del servicio por parte de operadores privados, pero cuando ya el Distrito había incurrido en una serie de costos que con una decisión ajustada al ordenamiento jurídico se había podido evitar.

---

[106] Confróntese con los minutos 16 y siguientes de la declaración del señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.

7. Por último, dado que el disciplinado reiteró sus argumentos de descargos a modo de resumen, la Sala responde a cada uno de ellos:

a. **Que la flota de compactadores pertenecía al Distrito, ya que así lo establecían los contratos de concesión y porque ellos habían sido pagados por las tarifas que habían pagado los usuarios. Que esta posición había sido señalada por el Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad.**

Respuesta: la propiedad sobre la flota de compactadores que se venían utilizando en los contratos de concesión y hasta antes de 18 de diciembre de 2012 por parte de los operadores privados es un tema que ni siquiera a la fecha de la presente decisión se ha resuelto. Ahora bien, lo que determinó el Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad fue ordenar la remisión (compulsa) de copias para que se investigara una posible irregularidad por parte de los operadores privados. Al margen de lo anterior, este es un tema que debió quedar resuelto mucho ante del inicio del nuevo esquema adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá, lo que en efecto no sucedió y provocó una crisis incomparable en la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

b. **Que resultaba contradictorio que mientras «la Procuraduría insistía en que los vehículos eran de propiedad de los operadores privados, con lo cual estos sí tenían la capacidad para prestar el servicio de aseo», que él como alcalde hubiese recibido un control de advertencia de la Contraloría Distrital (comunicación radicada n.° 1-2013-20422), correspondiente a las gestiones adelantadas por el Distrito para la reversión de los vehículos en manos de los particulares, destinados a la prestación del servicio de aseo.**

Respuesta: la Sala no ha advertido que los vehículos compactadores que se venían utilizando en los contratos de concesión y hasta antes de 18 de diciembre de 2012 sean del Distrito o de los operadores privados. Se repite que esta es una discusión que actualmente no se ha resuelto. Sin embargo, debe insistirse que para el día del inicio del nuevo modelo de aseo implementado por el señor alcalde mayor de Bogotá las empresas del Distrito no contaban ni con la experiencia ni con los vehículos compactadores para prestar el servicio de aseo. Por ello, el mismo Distrito tuvo que contratar otra vez a los operadores privados para solventar las evidentes fallas del operador público.

c. **Que no existía la menor duda de que los operadores privados CIUDAD LIMPIA, ASEO CAPITAL, LIME y ATESA solo podían hacer uso de los vehículos de propiedad del Distrito y detentar los contratos de condiciones uniformes hasta el 17 de diciembre de 2012, pues hasta esa fecha tenía derecho a ello en virtud a los contratos de concesión suscritos, pero luego de esa fecha, al no existir ningún vínculo contractual, lo único procedente era efectuar su reversión al Distrito.**

Respuesta: para la Sala no hay correspondencia entre esta explicación y el reproche formulado, pues muy a pesar de que se afirme que los operadores privados solo podían hacer uso de los vehículos compactadores hasta el 17 de diciembre de 2012, lo cierto es que en principio el Distrito asumiría la prestación del servicio de aseo a partir del 18 de diciembre de 2012, por lo que, desde el mismo momento de la suscripción de los convenios interadministrativos, se debió prever y resolver esta situación. Ahora bien, este argumento está soportado en una contradicción evidente, pues si a partir del 18 de diciembre de 2012 los operadores privados ya no podían utilizar los vehículos compactadores, cómo se explica que la UAESP hubiese decretado una urgencia manifiesta el mismo 17 de diciembre de 2012 para que, con base en ella, los operadores privados volvieran a ser contratados los días posteriores a la crisis de la prestación del servicio de aseo. En tal sentido, si lo que dice el disciplinado fuera cierto, el Distrito no hubiera nuevamente contratado a los operadores privados y, en todo caso, los hechos hubiesen demostrado que estos operadores no podían prestar el servicio de aseo en virtud de los nuevos contratos.

d. **Que, por tanto, contrario a lo afirmado por la Procuraduría, los operadores privados para el 18 de diciembre de 2012 no tenían la capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo, pues no tenían los contratos ni los equipos necesarios para prestar el servicio de aseo ni podían hacer uso de ellos.**

Respuesta: al igual como aconteció en el análisis del numeral anterior, es contradictorio que se diga que los operadores privados para el 18 de diciembre de 2012 no tenían la capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo, pues lo cierto es que el mismo Distrito volvió a contar con la prestación del servicio por parte de los operadores privados y, por tal virtud, fue que la crisis se pudo superar, sin perjuicio de las fallas que continuaron en aquellas zonas asignadas al operador público, ya que este todavía no contaba con operadores nuevos ni usados.

6.1.2.2 En cuanto al segundo cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único:

> Haber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, impidiéndose que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital.

6.1.2.2.1 Argumentos de defensa.

Los reparos de este cargo formulado se esbozaron de la siguiente manera:

1. Que la Procuraduría no hizo una valoración objetiva del Decreto 564 de 2012, pues acudió para su interpretación a los comentarios y noticias que alrededor de este tema salieron en los medios de comunicación, que ciertamente no son prueba válida, ni son actos jurídicos vinculantes de la administración ni son medios legales de notificación de sus decisiones. Que la Procuraduría le dio un «alcance mayor» que no fue el interés ni el objetivo que llevaron a la expedición de dicho acto administrativo.

2. Que en su condición de alcalde comenzó a tener noticia de un «infierno de presiones» gravitando sobre la justicia constitucional respecto de las decisiones adoptadas a favor de la población recicladora, las cuales fueron amparadas en virtud del auto 275 de la Corte Constitucional. En consecuencia, afirmó que la única finalidad por la cual se adoptaron las medidas contenidas en el Decreto 564 de 2012 era garantizar la prestación del servicio de aseo, establecer la separación en la fuente y de inclusión de la población recicladora, en cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional. Para ello citó varios apartes de los considerandos del Decreto 564 de 2012. Seguidamente, señaló que una lectura integral y adecuada del auto 275 de 2011 de la Corte Constitucional mostraba claramente que el eje de su decisión había sido la inclusión de la población recicladora en la prestación organizada del servicio de aseo en aprovechamiento y reciclaje, bien fuera en un esquema de libre competencia o cualquier otro, compatible con la prestación de servicio de aseo RBL, lo cual era una potestad de la administración para definir estos temas.

3. También señaló que las decisiones contenidas en el Decreto 564 de 2012 generaron, por el contrario, una libre competencia en el servicio de aseo en aprovechamiento y reciclaje y eliminó la cartelización del servicio, gracias al

ingreso de un operador público que ha dado lugar a la disminución de la tarifa de aseo, en beneficio de toda la ciudadanía. Por ello, según él, no existía la tipicidad de la conducta endilgada, pues al acto administrativo se le había dado una interpretación que no se correspondía con la finalidad y propósito que tuvo quien lo expidió. De la misma manera, que no se compartía la apreciación de la Procuraduría en que el Decreto 564 de 2012 vulnerara la libre competencia, violación que, además, no estaba tipificada en el numeral 60 del artículo 60 del Código Disciplinario Único, pues además que ese no era el sentido del acto tampoco lo era de él, como alcalde, de vulnerar normas sobre la libre competencia y la libre concurrencia establecidas en la Constitución y en la ley, sin perjuicio de su deber de «garantizar la prestación del servicio de aseo, de hacer efectiva la inclusión de la población recicladora y sus derechos a la dignificación de su labor y a velar por la prevalencia del interés general» que era lo pretendido con dicho decreto.

Para ello, trajo a colación una cita de una jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la libre competencia, señalando que la implementación del esquema transitorio para la prestación del servicio de aseo estaba plenamente justificada y que las decisiones fueron adoptadas con fundamento en las normas constitucionales y legales aplicables, con el único propósito de garantizar la prestación del servicio de aseo y el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional sobre la inclusión de la población recicladora.

4. Por último, argumentó que el Decreto 564 de 2012 estaba cobijado por la presunción de legalidad, considerando que esto no podía ser desconocido por la Procuraduría, habida cuenta de que carecía de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, función que la Constitución solo atribuía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Además, que en este caso en particular se debía llamar la atención que el Decreto 564 de 2012 había sido demandado en acción de nulidad, proceso en el cual fue negada la solicitud de suspensión provisional, para lo cual citó algunos apartes de la respectiva providencia. Por esta razón concluyó que el Decreto 564 de 2012 no vulneraba ninguna norma que regulara la prestación de los servicios públicos domiciliarios o la competencia y que «la única autoridad que así lo había considerado como algo evidente era la Procuraduría». Derivado de estas consideraciones, refirió que no estaba acreditado el dolo que se le había endilgado, afirmación que no aceptaba, ya que entre otras cosas ello se estructuraba en la lectura parcial y acomodaticia de situaciones «ajenas a su competencia», como las peticiones del acceso al relleno sanitario y lo dicho por los medios de comunicación, lo cual, a juicio de la Procuraduría, en este proceso, «se volvieron los medios de prueba de mayor credibilidad, más que lo dicho en la versión libre».

6.1.2.2.2 Consideraciones de la Sala.

1. Respecto de los descargos del segundo cargo formulado, lo primero que debe aclarar la Sala es que la valoración del Decreto 564 de 2012 no se hizo a partir de la interpretación de comentarios y noticias registrados en medios de comunicación, pues ello se efectuó acudiendo a la confrontación de los respectivos artículos del Decreto 564 de 2012 que impusieron una serie de condicionamientos por fuera de la ley y mediando el sinnúmero de advertencias previas que le hicieron varias entidades del orden nacional y distrital al señor alcalde mayor de Bogotá. En efecto, así se lo hizo saber la Procuraduría, que a partir de su rol preventivo hizo el respectivo acompañamiento; también la Contraloría Distrital y, de manera muy especial, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al precisar que la única forma de limitar el principio de libertad de empresa era a través de la implementación de Áreas de Servicio Exclusivo.

Distinto es que al lado de todos estos elementos materiales de prueba se hayan tenido en cuenta otros hechos notorios y de público conocimiento, los cuales fueron registrados por distintos medios de comunicación. Así, frente a la situación de que un titular haya publicado «Hasta con Policía Petro impedirá el servicio de aseo de empresas privadas»,[107] ello simplemente concuerda con el análisis del Decreto 564 de 2012 y de todos los elementos de prueba de que el Distrito, en cabeza de su alcalde mayor, quería impedir que a partir del 18 de diciembre de 2012 cualquier operador, distinto a las entidades públicas, asumieran la prestación del servicio de aseo.

En tal forma, la Sala no ve ningún impedimento para que se hayan mencionado algunos titulares de prensa sobre hechos conocidos dada su marcada notoriedad, y más cuando ellos concuerdan con las posteriores denuncias que algunas empresas interpusieron ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Como se puede observar, pareciera que el argumento de la defensa es que la irregularidad reprochada única y exclusivamente radicara en algún registro noticioso, sin que mediara ninguna prueba documental o testimonial que así lo acreditara. Sin embargo, ello es equivocado. Por vía de ejemplo, en la actuación obra un registro de prensa, con un escrito anónimo y un CD de grabación en donde se dice que el disciplinado tenía «planes oscuros en contra de algunos operadores privados»,[108] señalamientos que indicaban que el señor alcalde mayor de Bogotá quería obtener las bases de datos de las empresas

[107] Diario El Tiempo. Noticia del 13 de noviembre de 2012. Ver folios 25 y 26 del anexo n.° 28 de la actuación.
[108] Confróntese con los folios 1115 a 1183 del cuaderno original n.° 5 de la actuación, diligencias que fueron enviadas por el señor personero delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de la Personería de Bogotá.

privadas y que el personal de ellos pasara al operador público. No obstante, en ningún momento la Sala utilizó esta información para reprochar o confirmar alguna de las conductas en contra del alcalde mayor de Bogotá, porque no hay otras pruebas testimoniales o documentales que por sí solas lo acrediten. Es más, de haberse allegado pruebas que así lo demostraran las imputaciones seguramente hubiesen sido otras y con posible incidencia penal.

Al margen de lo anterior, la ejemplificación sirve para demostrar que de haber tenido en cuenta estos medios de convicción eso sí hubiese significado que los reproches formulados sí estaban soportados en pruebas no válidas y lánguidamente acreditadas. En otras palabras, una cosa es que se utilicen los registros noticiosos para soportar un cargo disciplinario, con todo lo que ello implica, y otra cosa es que los hechos notorios y de público conocimiento se analicen en conjunto con el núcleo de las pruebas aportadas al proceso, registros que en últimas no tienen la condición de indispensables o necesarios para demostrar las faltas disciplinarias atribuibles al disciplinado.

Lo anterior es tan claro que en otros apartados el mismo investigado así lo entendió, cuando él mismo afirmó que «el primer objetivo que expresó tanto en la junta directiva de la EAAB, **como en las entrevistas públicas** y que fueron el motor de sus decisiones tomadas en el año 2012 frente al servicio público de aseo, era la reducción de tarifas», aspecto que corrobora que no hay ningún impedimento para acudir a los hechos notorios, acreditados en entrevistas o registros noticiosos.

2. En segundo lugar, lo que el disciplinado denominó como el «infierno de presiones» que empezó a conocer, simplemente es el cúmulo de advertencias y recomendaciones que varias entidades le hicieron al señor alcalde mayor de Bogotá sobre el respeto a las normas del principio de libertad de empresa. Es más, como durante todo el segundo semestre del año 2012 se presentó una confrontación dialéctica entre las autoridades del Distrito con el resto de entidades públicas, estas últimas le hacían ver al señor alcalde mayor de Bogotá que los derechos de la población recicladora podían ser garantizados sin necesidad de que se afectara la libre empresa, pues había forma de remunerarlos, de efectuar otras acciones afirmativas y de continuar con el cumplimiento de otras que tenían un carácter programático. Prueba de ello es que actualmente el cumplimiento de las metas está en un porcentaje del 42%,[109] y, en todo caso, quedó demostrado, por un parte, que la inclusión de la población recicladora no es imposible en un régimen de libertad de empresa,

[109] Conforme a la declaración de la doctora NELLY MOGOLLÓN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación. Así mismo, conforme al informe de fecha 27 de agosto de 2013, suscrito por la doctora MOGOLLÓN y enviado la Corte Constitucional. Este documento fue entregado por la declarante y reposa en los folios 1711ª 1716 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

como sucede en la ciudad de Bucaramanga, conforme al testimonio técnico practicado en el presente juicio disciplinario.

Ahora bien, como lo afirma el disciplinado, la Corte Constitucional ordenó el cumplimiento de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora «en un esquema de libre competencia o cualquier otro, compatible con la prestación de servicio de aseo RBL», lo cual ratifica que sí era posible el emprendimiento de estas acciones afirmativas sin necesidad de sacrificar la libertad de empresa, tal y como durante todo el segundo semestre del año de 2012 se lo pusieron de presente varias entidades al señor alcalde mayor de Bogotá.

3. Cuando el disciplinado afirma que las decisiones contenidas en el Decreto 564 de 2012 generaron «una libre competencia en el servicio de aseo en aprovechamiento y reciclaje y eliminó la cartelización del servicio, gracias al ingreso de un operador público que ha dado lugar a la disminución de la tarifa de aseo», es inexacto en sus apreciaciones, pues, únicamente se refiere a la libre competencia de las personas que se dedican a la actividad e aprovechamiento y reciclaje, pero deja de lado a aquellas otras empresas u operadores que quieran prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Igualmente, cuando utiliza la expresión «cartelización del servicio» ratifica, en sus palabras, que la decisión era que los operadores privados ni ningún otro, a excepción del operador público, continuaran prestando el servicio público de aseo en la ciudad capital, conforme a las condiciones señaladas en la Ley de servicios públicos domiciliarios. De manera similar, no es cierto que por la adopción del modelo transitorio creado en el Decreto 564 de 2012 se hayan reducido las tarifas, pues estas, al ser regladas, dependen de la aplicación de otro tipo de normas expedidas por una autoridad diferente al alcalde mayor de Bogotá.

En consecuencia y contrario a lo sostenido en los descargos, sí se dan los requisitos de tipificación contenidos en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, pues con la expedición del Decreto 564 de 2012 se ejercieron potestades para una finalidad distinta previstas en la norma otorgante, pues las funciones del alcalde mayor de Bogotá no autorizaban a que se implementara un modelo de prestación del servicio de aseo por fuera de la ley, con el fin de afectar el principio de libertad de empresa, objetivo que en últimas corresponde con el afirmado y defendido por el disciplinado, en términos de «descartelizar el servicio de aseo».

4. La Sala debe insistir en que es cierto que en este momento el Decreto 564 de 2012 goza de presunción de legalidad, pero que ello no es ningún impedimento para que el juez disciplinario analice si en virtud de la expedición de actos administrativos el sujeto disciplinable ha cumplido o no sus deberes funcionales que su condición de servidor público le impone. Una vez más debe decirse que

si esto no fuera cierto, el legislador no hubiese contemplado algunos tipos disciplinarios como los contenidos en los numerales 37 y 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, los cuales, para efectos de la respectiva adecuación típica, no exigen ningún tipo de prejudicialidad.

Por las mismas razones, no puede ser de recibo la tesis de que en un proceso que cursa ante la jurisdicción contenciosa administrativa la medida de suspensión provisional fue negada, pues ese análisis pertenece a la lógica de esa jurisdicción, en donde la justicia es rogada y en donde se deben observar los argumentos y peticiones de los respectivos demandantes. En todo caso, no es cierto que la Procuraduría haya sido la única entidad que advirtió las posibles afectaciones del principio de libertad de empresa, pues desde el momento en que se conoció que el Distrito asumiría la prestación del servicio de aseo, varias entidades volcaron sus esfuerzos para así advertírselo al señor alcalde mayor de Bogotá, situación que está corroborada en las varias comunicaciones dirigidas al señor alcalde mayor y a otros funcionarios directivos, entre las que se destacan muy especialmente las elaboradas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Ahora bien, en estas últimas pruebas y en otras actuaciones e intervenciones del señor alcalde mayor de Bogotá, tanto públicas como oficiales, registradas tanto en las noticias o en actas como el Senado de la República en las que aquel participó, se acreditaron precisamente los elementos del dolo, forma de imputación subjetiva con la cual se calificó en el pliego de cargos el comportamiento atribuido y, en ese momento, presuntamente cometido. Por ello, no es cierto que el dolo se haya endilgado a partir de lo dicho por los medios de comunicación.

Por último, tampoco es de recibo el cuestionamiento de que el dolo se argumentó en situaciones ajenas a la competencia del disciplinado, haciendo referencia a las peticiones del acceso al relleno sanitario, pues esto la Sala lo destacó para demostrar que no era cierto lo que afirmó el señor alcalde mayor de Bogotá en su versión libre, al decir que «mientras se suscribieron los contratos de urgencia manifiesta con los operadores privados durante los años 2011 y 2012 no hubo registro de entradas de otras empresas para la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá. Que la realidad demostraba que no había más operadores con la capacidad financiera y técnica suficientes para prestar los servicios de la ciudad de Bogotá».[110]

En tal forma, es indispensable diferenciar los análisis que se hicieron sobre las pruebas para acreditar la modalidad de la culpabilidad de la falta presuntamente

[110] Confróntese con los minutos 28 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

cometida, con aquellos argumentos que sirvieron para desestimar algunas explicaciones ofrecidas por el disciplinado en su versión libre.

6.1.2.3 En cuanto al tercer cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único:

> Haber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, «con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios», pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente.

6.1.2.3.1 Argumentos de defensa.

El desacuerdo frente a este cargo lo argumentó el disciplinado con las siguientes razones:

1. Que este cargo tampoco cumplía con la condición de tipicidad, en la medida en que las normas que se estimaron vulneradas (artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002) en ninguna parte previeron «la prohibición alegada por la Procuraduría».

Para ello, efectuó algunas citas de dichas normas de la siguiente manera:

a. Que el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 establecía la obligación de cubrir la carga contaminante, así: «Los vehículos de transporte cuya carga o sus residuos pueden emitir al aire, en vías o lugares públicos, polvo, gases, partículas o sustancias volátiles de cualquier naturaleza, deberán poseer dispositivos protectores, carpas o coberturas, hechos de material resistente, debidamente asegurados al contenedor o carrocería, de manera que se evite al máximo posible el escape de dichas sustancias al aire».

b. Y que, además, el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 disponía lo siguiente: «Cuando por condiciones de capacidad y dimensiones de las vías públicas, dificultades de acceso o condiciones topográficas no sea posible la utilización de vehículos con las características antes señaladas, la autoridad competente evaluara previo

> a su ejecución la conveniencia de utilizar diseños o tipos de vehículos diferentes».

En tal sentido, afirmó que el Decreto 570 de 2012 lo expidió con fundamento en las facultades del Decreto 1421 de 1993, en virtud de lo cual tenía la potestad de expedir reglamentos, impartir las órdenes y adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades públicas.

Así mismo y luego de efectuar transcripciones de algunos considerandos del Decreto 570 de 2012, el disciplinado precisó que el uso de volquetas para la prestación del servicio de aseo «no estaba prohibida como se lo imaginaba la Procuraduría», y que si bien no era el vehículo que usualmente se debía utilizar para la prestación del servicio de aseo, lo que indicaba la norma era que, ante ciertas eventualidades, era permitido utilizar volquetas u otros tipos de vehículos para garantizar la prestación del servicio.

2. Relacionado con lo anterior, el disciplinado también explicó que «la ciudad de Bogotá enfrentaba las circunstancias excepcionales para el 18 de diciembre (de 2012) por la implementación del esquema transitorio del servicio de aseo», sin que existiera norma alguna que regulara expresamente dicha situación; por tanto, añadió que era una situación en donde era posible que «no se dispusiera de la totalidad de los vehículos de que trata el artículo 49 (del Decreto 1713 de 2002) para la prestación del servicio», y que siendo el deber de velar por la prestación del servicio de aseo y la salud y salubridad pública en situaciones de eventual emergencia, por analogía, era posible recurrir a otro tipo de vehículos, como las volquetas, las que en su uso se debían ajustar a las previsiones del artículo 41 del Decreto 948 de 1995.

3. De la misma manera que en cuanto al Decreto 564 de 2012, el disciplinado señaló que la Procuraduría no podía desconocer la presunción de legalidad del Decreto 570 de 2012, habida cuenta de que carecía de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, función que solo era de la jurisdicción contenciosa administrativa. En todo caso, agregó que al no haber ninguna prohibición legal, tampoco se podía concluir la ilicitud sustancial en la expedición del Decreto 570 de 2012.

4. El disciplinado también expuso que era evidente que la administración distrital tenía una interpretación normativa del contenido de los Decretos 1713 de 2000 y 948 de 1995 diferente a aquella que tenía la Procuraduría, pero que esto no implicaba, en modo alguno, en que se haya incurrido en desatención elemental. Al respecto, más adelante recalcó que el Decreto 570 de 2012 evidenció «el interés de la administración distrital por adoptar, oportunamente,

todas las medidas necesarias a favor de la población y del interés general», por lo cual no se había obrado con culpa gravísima.

5. Por último, adujo que las medidas adoptadas por el Decreto 570 de 2012 tenían como finalidad, precisamente, evitar que se generaran riesgos y daños a la salubridad y la salud pública y que, de hecho, el objetivo se había logrado, «pues los únicos impactos detectados fueron visuales y de malos olores, que en modo alguno, afectaron la salud y salubridad pública.»

6.1.2.3.2 Consideraciones de la Sala.

1. En cuanto al tercero de los cargos formulados, la Sala debe precisar, en primer término, que si unos Decretos establecen las condiciones técnicas y reglamentarias que deben tener ciertos vehículos, para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, es porque ello se traduce en una obligación de todo servidor público en acatarlos, la cual, sin duda alguna, tiene una doble connotación: es un deber cumplirlos y, al mismo tiempo, es una prohibición inobservarlos.

Detrás del argumento del disciplinado está la consideración de que en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 no está la expresión «prohibición». Sin embargo, no está de más señalar que tampoco estas normas dijeron que era un «deber», pues, deber o prohibición, es un hecho indiscutible que el servidor público debe cumplirlos.

Ahora bien, el investigado expuso de manera adicional dos argumentos que ponen en evidencia que lo que se ha dicho es cierto y, por ende, que el reparo no puede ser de recibo.

El primero de ellos es que el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 establecía la obligación de cubrir la carga contaminante. Sin embargo, esta fue una norma que se inobservó, pues, al prestarse el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en vehículos volquetas durante el mes de diciembre de 2012, se pudo comprobar que, mientras se recogían los residuos sólidos, era imposible utilizar los mencionados dispositivos protectores, carpas o coberturas. Así lo demuestran los videos obrantes en el anexo n.° 7 de la actuación, en donde los residuos estuvieron expuestos al aire y, encima de ellos, siempre había un operario en medio de las basuras acomodando y literalmente «atrapando» las bolsas que arrojaban sus otros compañeros. Con esto se quiere significar que una cosa es el transporte de residuos sólidos y otra muy distinta es el proceso de recolección por las vías públicas de la ciudad por donde debían utilizarse vehículos compactadores.

La segunda explicación del disciplinado es todavía más evidente, pues acudió a la excepción contenida en el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, para encontrar justificado la utilización de volquetas.

En efecto, este referido parágrafo dispone lo siguiente:

> Cuando por condiciones de capacidad y dimensiones de las vías públicas, dificultades de acceso o condiciones topográficas no sea posible la utilización de vehículos con las características antes señaladas, la autoridad competente evaluara previo a su ejecución la conveniencia de utilizar diseños o tipos de vehículos diferentes.

Sin duda alguna, esta disposición es totalmente inaplicable en el presente caso, pues fácil es concluir que la posibilidad de utilizar vehículos diferentes a los compactadores se da cuando se presentan condiciones especiales relativas a la «capacidad y dimensiones de las vías públicas» o a las «dificultades de acceso o condiciones topográficas», situaciones que por ningún lado observa la Sala, ya que la utilización de volquetas durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 fue para todas y cada una de las zonas de la ciudad de Bogotá en donde el nuevo operador público debía prestar el servicio de aseo, el cual, desde luego, no contaba con los vehículos compactadores.

Así las cosas, en vez de haberse presentado una situación relacionada con la «capacidad y dimensiones de las vías públicas o dificultades de acceso o condiciones topográficas», realmente lo que ocurrió en el presente caso fue la absoluta incapacidad de las entidades del Distrito para prestar el servicio público de aseo en virtud de las decisiones tomadas por el señor alcalde mayor de Bogotá. Con esa lógica, entonces, tendría que concluirse que no había razón para volver a contratar los operadores privados y que la EAAB y Aguas de Bogotá hubiesen continuado prestando el servicio público de aseo durante los últimos días del año 2012 y buena parte del 2013 en vehículos tipo volqueta, porque supuestamente así lo permitía el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, lo cual es obviamente inaceptable.

2. En segundo lugar, la Sala está en total acuerdo con el disciplinado en que la ciudad de Bogotá enfrentó circunstancias «excepcionales para el 18 de diciembre (de 2012) por la implementación del esquema transitorio del servicio de aseo», pero no por una eventualidad o causa extraña que no fuera objeto de regulación de una norma en particular.

Por el contrario, esa situación excepcional se dio única y exclusivamente por la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá de asignar la prestación del servicio de aseo de la ciudad de Bogotá a entidades sin la más mínima experiencia y capacidad; así mismo, sin la necesidad de acudir a un modelo por fuera de la

ley, para supuestamente incluir a la población recicladora, pues está demostrado que había forma de remunerar la actividad de aprovechamiento, que muchas acciones afirmativas eran de carácter progresivo, que el cumplimiento de otras no dependían de uno u otro modelo y que el reconocimiento y la inclusión de esta población no se excluye con el régimen de libre competencia; igualmente, sin atender ninguna recomendación de las autoridades nacionales y distritales que con el debido tiempo de antelación le hicieron. En últimas, tal decisión se dio por el firme propósito de que operadores privados no continuaran prestando el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, aspecto que lo explica el disciplinado como el objetivo de «descartelizar» la prestación de dicho servicio.

En tal sentido, si se hubieren atendido las normas de contratación que señalan que no se pueden celebrar contratos con entes carentes de capacidad y experiencia, si se hubieren observado las normas sobre libre competencia, si se hubieren cumplido las normas reglamentarias sobre el uso de vehículos para la prestación del servicio de aseo y si se hubiere acatado tan solo una de las tantas recomendaciones que se le hicieron al señor alcalde mayor, la ciudad de Bogotá no habría sufrido la crisis que vivió en diciembre de 2012, se habría evitado un sinnúmero de desgastes administrativos y una considerable inversión de recursos, se habrían evitado impactos ambientales y no se hubiere puesto en riesgo la prestación del servicio público de aseo, ya que a la fecha la flota nueva de compactadores que compró el Distrito está en un alto riesgo de perderse, tal y como más adelante se explicará, conforme a las pruebas que obran en el expediente.

Por lo tanto, es inaceptable la analogía que pretende hacer el disciplinado de que para la ciudad de Bogotá sí se podían utilizar vehículos volquetas, a cambio del vehículos compactadores, argumento que además de tratar de minimizar la crisis que vivió la ciudad de Bogotá para el mes de diciembre de 2012, carece del más mínimo fundamento lógico y normativo.

3. En tercer lugar y respecto del Decreto 570 de 2012, son aplicables las mismas consideraciones que se hicieron en cuanto al Decreto 564 de 2012, en lo que tiene que ver con la presunción de legalidad y de que la Procuraduría no es una entidad competente para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

Al respecto, debe insistirse en que si bien, en este momento, el Decreto 570 de 2012 goza de presunción de legalidad, ello no es ningún impedimento para que el juez disciplinario analice si en virtud de la expedición de actos administrativos el sujeto disciplinable ha cumplido o no sus deberes funcionales que su condición de servidor público le impone, pues, si esto no fuera así, el legislador no hubiese contemplado, entre otros, algunos tipos disciplinarios como los contenidos en los numerales 37 y 60 del artículo 48 del Código Disciplinario

Único, los cuales, para efectos de la respectiva adecuación típica, no exigen ningún tipo de prejudicialidad. Ahora bien, ya se explicó que las normas contenidas en los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002 son de obligatorio acatamiento, y que de ellos se deriva tanto el «deber» de cumplirlos, como la «prohibición» de inobservarlos. Por tanto, para la Sala sí está acreditada la ilicitud del comportamiento típico atribuido.

4. La Sala tampoco acepta como criterio de exculpación, tendiente a desvirtuar la desatención elemental, la supuesta interpretación diferente que tenía la administración distrital sobre los Decretos 1713 de 2002 y 948 de 1995. En efecto y al tratarse del servicio público de aseo para una ciudad como la capital de la República, era apenas obvio, elemental y razonable que para la prestación de dicho servicio se necesitara el uso de vehículos compactadores. Si así no lo hubiese entendido el señor alcalde mayor de Bogotá y los funcionarios de la administración, no se habría adelantado la licitación para la compra de una flota nueva de compactadores o no se hubiesen hecho los trámites correspondientes para importar, por la vía del alquiler, vehículos compactadores usados, aunque está demostrado la forma tan atropellada y carente de la más mínima previsión y planeación que caracterizó los trámites para obtener estos vehículos, situación que a la postre no ocurrió y que fue una de las principales causas de la crisis y emergencia que se presentó en la ciudad de Bogotá en el mes de diciembre de 2012.

De manera adicional, debe decirse que la utilización de vehículos para la prestación del servicio era una actividad eminentemente reglada y que precisamente los Decretos 1713 de 2002 y 948 de 1995 fueron desconocidos manifiestamente, pues ellos ni siquiera se tuvieron en cuenta en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Además, estos decretos tenían un carácter de norma nacional, estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y dichas normas se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá.[111]

Al respecto, el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la empresa de aseo de la ciudad de Bucaramanga, explicó que era obligación estricta prestar el servicio en compactadores.[112] Así mismo, ante las preguntas de la defensa y haciendo alusión a la situación excepcional contenida en el Decreto 1713 de 2002 sobre la posibilidad de utilizar volquetas en caso de emergencia, el testigo respondió que ello sería posible en situaciones de emergencia muy particulares y por tiempos demasiados cortos. En todo caso, precisó que la utilización de una volqueta era anti técnica para prestar el servicio de aseo; en suma, «que eso no funcionaba». Igualmente, que la utilización de volquetas

[111] Confróntese en http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1479 y http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5542

[112] Confróntese con el minuto 1.19 de la declaración del SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

estaría bien para ciudades muy pequeñas, pero que este vehículo no debería usarse para ello.

Sobre este particular, el señor abogado defensor puso el ejemplo de qué pasaría en caso de una huelga de los trabajadores y que cerraran los talleres en donde estaban los compactadores, ante lo cual este testigo le respondió que en el mercado nacional era demasiado fácil alquilar compactadores. Incluso, destacó que cerca de la ciudad de Bucaramanga había vehículos compactadores en industrias Búfalo o Fanalca, cuyo costo de alquiler mensual era de veinte (20) millones de pesos aproximadamente. También refirió que esos camiones se podían conseguir con la empresa PROACTIVA.[113]

Por lo anterior, no es posible aceptar que al haberse dispuesto el uso de vehículos tipo volqueta la administración distrital haya querido «evitar que se generaran riesgos y daños a la salubridad y la salud pública», pues ello es absolutamente contradictorio con las normas que regulaban la materia, tal y como lo expuso el referido testigo técnico y con lo que apenas corresponde con el sentido lógico y común.

5. Por último, no es cierto que el disciplinado dé a entender que al haberse utilizado las volquetas el objetivo se hubiese logrado, al decir que «los únicos impactos detectados fueron visuales y de malos olores, que en modo alguno, afectaron la salud y salubridad pública», pues de su misma explicación está poniendo en evidencia que sí los hubo; es decir, según su afirmación se presentaron, como mínimo, impactos visuales y malos olores.

Con todo, no es cualquier impacto inofensivo el que se presentó en el mes de diciembre de 2012 como lo quiere hacer ver el disciplinado. Para desvirtuar esta apreciación, observemos dos aspectos de orden probatorio:

a. Análisis del documento «Monitoreo y Control Ambiental» elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá, confrontado con la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

La explicación del disciplinado, en cuanto a que «los únicos impactos detectados fueron visuales y de malos olores que, en modo alguno, afectaron la salud y salubridad pública», está argumentada en el documento denominado «Monitoreo y Control Ambiental», que corresponde a un informe técnico sobre el seguimiento realizado por la Secretaría Distrital Ambiental a «las medidas adoptadas por el nuevo modelo de prestación de servicio público domiciliario de

[113] Ibídem. Minuto 1.21 y siguientes de esta declaración.

ase en Bogotá». Este informe tiene fecha del 14 al 31 de diciembre de 2012,[114] el cual fue entregado en la diligencia de versión libre y espontánea por parte del investigado y cuya elaboración estuvo a cargo del señor JULIO CÉSAR PULIDO, encargado del manejo del Sistema de Riesgos para el momento de los hechos y persona que fue escuchada en diligencia de declaración.

Sin embargo, debe resaltarse que en el referido documento se concluyó lo siguiente[115]:

Recolección de residuos domiciliarios	**Barrido y limpieza en la calle**	**Transporte**
1. Se presentó un **impacto** visual por no recolección de basuras. 2. Se presentó un **impacto** consistente en la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad. 3. En cuanto a generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), no se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**

Así las cosas, se tiene que frente a la primera actividad (Recolección de residuos domiciliarios) se presentaron dos impactos: uno visual y en el otro relacionado con la generación de olores ofensivos. En cuanto a la generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), el informe dijo que no se ocasionaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales». En cuanto a las dos restantes actividades (Barrido y limpieza en la calle y Transporte), el informe señaló que no se presentaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales».

De esa manera, un análisis detallado arroja como resultado lo siguiente:

1. No hubo daños ambientales.

2. Se presentaron dos impactos ambientales: el primero, al que se denominó visual, por la no recolección de basuras, mientras que el segundo lo fue por la generación de olores ofensivos en algunas partes de la ciudad.

[114] Confróntese con los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación.
[115] Conforme a las páginas 28, 31 y 32 del referido informe, que corresponden con los folios 165, 168 y 169 del anexo n.° 31 de la actuación.

3. Se presentaron tres tipos de «amenazas potenciales», una por cada actividad (Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte).

4. El informe no definió qué es la «amenaza potencial». Solo definió los conceptos de «amenaza» y «riesgo», a partir de la Resolución 004 de 2009 del FOPAE. En cuanto a la «amenaza», señaló que era una «condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que puede causar daño a la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada. Es un factor de **riesgo** externo». (Negrilla fuera de texto). En cuanto al riesgo se dijo que era «el daño **potencial** que, sobre la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada, pueda causarse por la ocurrencia de amenazas de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que se extiende más allá de los espacios privados o actividades particulares de las personas y organizaciones y que por su magnitud, velocidad y contingencia hace necesario un proceso de gestión que involucre al Estado y a la Sociedad». (Negrilla fuera de texto).

5. Existe una equiparación entre «amenaza potencial» y «riesgo». Es decir, por cada una de las actividades, se presentó un tipo de riesgo. Ello es así por lo siguiente: (a) En la definición del concepto «amenaza» se dice que es un «riesgo externo»; es decir, la sola «amenaza» es ya, en sí misma, un riesgo; (b) En el concepto de «riesgo» se afirma que este es «potencial», cualidad que el mismo informe le da a lo que se denomina como «amenaza potencial»; (c) En el informe se dice que se presentaron tres «amenazas potenciales»; es decir, tres «riesgos externos» y además «potenciales»; por ende, existe un estrecha relación entre los conceptos de «amenaza potencial» y «riesgo».

En ese orden de ideas, el mismo informe en que se apoya el disciplinado para dar las respectivas explicaciones ratifica que durante los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá y con relación a la prestación del servicio público de aseo se presentó un «riesgo», consistente en la ocurrencia de dos impactos ambientales y tres riesgos por cada actividad del servicio público de aseo, entre ellas la Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte.

Llegados a este punto, observemos que los impactos ambientales del informe técnico de la Secretaría Distrital del Ambiente (que en su sentir no fueron daños ambientales) concuerdan con la mayoría de las conclusiones de la prueba

pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en la cual se determinó que sí hubo impactos ambientales, asociados, entre otros, a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos, y a los demás tipos de riesgo que se presentaron, especialmente los relacionados con causas potenciales de enfermedades, los riesgos presentados por la utilización de volquetas y aquellos que pudieron ser una amenaza de contaminación del aire, el agua y el suelo.[116]

En ese orden de ideas, el desacuerdo entre el dictamen pericial practicado por la Dirección Nacional de Investigación Especiales y el informe de Control y Monitoreo —prueba documental que allegó el disciplinado— es que en el primero se dice que «hubo un grave daño al medio ambiente», mientras que en el documento elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental se asegura que no hubo daño, sino ciertos tipos de impactos ambientales y amenazas potenciales.

Sin embargo, la conclusión razonable es que, en virtud de las dos pruebas referidas, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, el cual, para la prueba pericial, fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito.

En tal forma, conforme a las dos pruebas que obran en la actuación, está demostrado el elemento «riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente» que tiene la condición de ingrediente especial del tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. Por ello, no puede ser de recibo la tesis del disciplinado de que no hubo «impactos ambientales» durante los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, pues como mínimo, según las pruebas señaladas, sí hubo un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito.

b. La declaración del señor JULIO CÉSAR PULIDO, persona que elaboró el documento «Monitoreo y Control Ambiental» elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá.

La Sala debe mencionar que este testigo ratificó que fue él quien elaboró, en compañía de otros funcionarios, el informe presentado por el disciplinado. Así, la mayoría de sus respuestas y apreciaciones consistieron en que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no hubo impactos ambientales, salvo dos, y que las circunstancias que rodearon el inicio de la nueva prestación del

[116] Confróntese con los folios 30 a 35 del anexo n.° 17 de la actuación.

servicio de aseo no fueron tan considerables como la mayoría de las autoridades lo estimaban.[117]

Sin embargo, es necesario observar en concreto las siguientes respuestas ofrecidas en la última parte de su declaración:

> **PREGUNTA:** «En el informe que usted presentó, se dice que en cuanto a la recolección de residuos domiciliarios, se presentó un impacto visual por no recolección de basuras. Es lo que usted llama el riesgo o impacto de paisaje o paisajístico (…) ¿Ese impacto visual por no recolección de basuras en el componente de recolección de residuos domiciliarios fue positivo o fue negativo?» **CONTESTÓ: «Negativo». PREGUNTA:** «¿Qué tipo de intensidad, en la medida en que según registros de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, durante el 18 y 19 de diciembre se dejaron de recoger en la ciudad de Bogotá un número aproximado de 5.800 toneladas de basuras?» **CONTESTÓ:** «No tengo metodología para poder medir la magnitud». **PREGUNTA:** «En cuanto a la recolección de residuos domiciliarios, en su informe se dice: se presentó un impacto consistente en la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad. ¿Ese tipo de impacto es positivo o negativo?» **CONTESTÓ: «Negativo». PREGUNTA:** «Qué intensidad tiene el impacto consistente en la generación de olores ofensivos, teniendo en cuenta que durante los días 18 y 19 de diciembre se dejaron de recolectar un número aproximado de 5.800 toneladas de basuras?» **CONTESTÓ:** «No hay base técnica para poder hacer el cálculo».[118]

De esa manera, los dos impactos ambientales consistentes en la no recolección de basuras y los olores ofensivos, que según el informe fueron los únicos que se presentaron, tuvieron la condición de impactos «negativos», en criterio del mismo declarante. Sin embargo, otro asunto es que el ingeniero PULIDO haya dicho que «no tenía la metodología para poder medir la magnitud y que no había base técnica para poder hacer el cálculo» de esos impactos ambientales.

Así las cosas, la Sala quiere llamar la atención en que el testigo JULIO CÉSAR PULIDO señaló que solo era impacto ambiental aquel que por criterios de magnitud, extensión e intensidad pudiera calificarse de esa manera.[119] Por ello, en virtud de todas las explicaciones que ofreció este declarante y en cuanto a los impactos ambientales, ocurrió lo siguiente:

---

[117] Conforme a la declaración del señor JULIO CÉSAR PULIDO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[118] Ibídem. Minutos 1.13 del primer archivo de la declaración.
[119] Ibídem. Minutos 1.03 del primer archivo de la declaración.

1. No se presentaron impactos ambientales, salvo el visual o paisajístico por no recolección de basuras y el impacto de olores ofensivos.

2. Los anteriores impactos fueron negativos.

3. Como no hay metodología y base técnica, no se hizo el cálculo de la magnitud de esos impactos ambientales.

4. Para determinar la calidad de impacto ambiental, se debe tener en cuenta la magnitud, intensidad y extensión.

De esa manera, debe decirse, antes que todo, que la explicación del testigo también concuerda con algunas conclusiones del dictamen pericial elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de que sí hubo impactos ambientales, los cuales fueron de carácter negativo. Pero, para determinar si ellos son «considerables», el ingeniero PULIDO afirmó que se debía acudir a la magnitud, intensidad y extensión, algo que según él no se pudo hacer porque no había base técnica, situación sobre la cual le quiere restar trascendencia a lo ocurrido durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Pues bien, en este aspecto es donde la Sala le da crédito a la prueba pericial en el sentido de que esos impactos sí afectaron al medio ambiente, pues por la «magnitud, extensión e intensidad» ―criterios esbozados por el testigo― está demostrado que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 se dejaron de recoger entre 6.000 y 9.000 toneladas de basura en la ciudad de Bogotá.

Ahora bien, el dictamen pericial no estuvo soportado en una simple «percepción» como lo dio a entender el testigo PULIDO,[120] sino en criterios técnicos, medibles y cuantificables, pues dicha experticia se basó en los informes de diferentes funcionarios que captaron en tiempo real las basuras dejadas de recoger en muchas zonas de la ciudad y principalmente en los informes que hizo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la cantidad de residuos que dejaron de ingresar al sitio de disposición final. Esta es una gran diferencia entre el dictamen pericial y el monitoreo realizado por la Secretaría Distrital del Medio Ambiente, y más cuando el testigo aclaró lo siguiente: «no tengo monitoreo del día 17 o del día 18 de cómo estaban los puntos críticos».[121] Por eso, el declarante precisó que la actividad de seguimiento por la no recolección de basuras se comenzó a partir del día siguiente de la operación; es decir, desde el 19 de diciembre de 2012, y no desde el día 18 del mismo mes y año cuando se cambió el modelo de prestación del servicio.

[120] Ibídem. Minuto 7 del segundo video de la declaración.
[121] Ibídem. Minuto 1.25 del primer video de la declaración.

Con todo y eso, el ingeniero PULIDO agregó que en el componente de barrido y limpieza en las calles se dieron únicamente amenazas potenciales, reconociendo que ello era una condición de riesgo. Así, frente a la pregunta de si la amenaza potencial mencionada en el informe era sinónimo de riesgo, contestó lo siguiente:

> Voy a leerle exactamente lo que dice la norma. «**Amenaza:** condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, **que puede causar daño a la población y a sus bienes, o a su infraestructura o al ambiente.** Y Riesgo: **el daño potencial que** sobre la población, sus bienes e infraestructura **se pueden causar**». Cuando hicimos el tema de monitoreo, **lo que identificamos fueron los riesgos que podía tener Bogotá por la acumulación de basuras,** que fueron los que ya le he enlistado ampliamente, y eso fue lo que monitoreamos. **Lo que vimos es que esos riesgos latentes y las amenazas que había no llegaron a consolidarse en impacto ambiental, salvo en las dos situaciones que usted mencionó, pero no pudimos llegar al siguiente nivel que era poder identificar su intensidad y su extensión»**.[122]

Conforme a la anterior respuesta la conclusión es obvia: sí se presentaron varios riesgos por la acumulación de basuras, aunque, según el testigo, no llegaron a consolidarse en impactos ambientales, salvo las dos situaciones relacionadas con los olores ofensivos y el impacto visual, que en otros apartes de la declaración los califica como de negativos. Y de estos dos impactos, el ingeniero PULIDO no dice que no fueron considerables o importantes, sino que no se pudieron calcular conforme a los criterios de intensidad y extensión, algo que, por el contrario, sí pudo medir el dictamen pericial que obra en el proceso.

Por tanto, aun cuando se trató de un testigo que quiso minimizar lo ocurrido durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, de su declaración sí se puede corroborar que hubo riesgos considerables e impactos que afectaron el medio ambiente. Por ello, la desatención elemental está acreditada al haberse permitido el uso de vehículos tipo volqueta para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, ya que esta fue una de las situaciones que contribuyó a que se dejaran de recoger considerables cantidades de residuos en los días referidos. Y esta conclusión es tan cierta que dicha apreciación concuerda con uno de los apartes del informe elaborado por el señor JULIO CÉSAR PULIDO, al decirse que los hechos que sucedieron durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 se debieron a las fallas logísticas del nuevo

[122] Ibídem. Minuto 1.16 del primer video de la declaración.

operador público encargado de asumir la prestación del servicio,[123] falencias entre las que se encuentran el no haber contado con los vehículos compactadores a tiempo.

En consecuencia, la conducta del disciplinado, consistente en haber permitido la utilización del volquetas para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, por la vía del referido decreto, sí puso en grave riesgo la salud humana y el medio ambiente en los términos previstos en la falta disciplinaria contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

6.1.3 Conclusión en cuanto a los argumentos presentados por el disciplinado en los descargos.

En el orden de ideas expresado, la Sala estima que los argumentos presentados por el disciplinado en el escrito de descargos no tienen la entidad suficiente para desvirtuar ninguno de los cargos formulados. En tal forma, la Sala se ocupará de examinar los argumentos presentados por el señor defensor.

6.2 Argumentos presentados por parte del señor abogado defensor.

6.2.1 En cuanto al primer cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

Después de transcribir tanto la imputación fáctica como la jurídica, el señor defensor señaló que la política y directriz dada por el señor alcalde mayor, consistente en que el Distrito, a través de sus entidades descentralizadas, asumiera la prestación del servicio de aseo, no era ilegal ni contraria al ordenamiento jurídico y, por tanto, las entidades y los servidores públicos encargados de su ejecución debían hacerlo, de conformidad a la normativa pertinente.

Así mismo y contrario a lo que sostuvo la Procuraduría, refirió que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sí tenía la capacidad jurídica, financiera, de experiencia y organizacional para prestar el servicio público domiciliario de aseo, directamente y con el apoyo de sus filiales.

De igual modo, explicó que se debía llamar la atención en que una empresa de servicios públicos domiciliarios, una vez creada de conformidad con la Ley 142

[123] Confróntese con la página n.° 28 del informe de monitoreo, que corresponde con el folio 165 del anexo n.° 31 de la actuación, como pruebas aportadas por el disciplinado en su versión.

de 1994, podía iniciar la prestación de sus servicios, con sujeción a la normatividad correspondiente, aun cuando no tenga la experiencia previa. Sin embargo, replicó que para la Procuraduría ello no aplicaba para la EAAB, pese a sus más de 100 años de experiencia en la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico, este último del cual hacía parte el servicio de aseo.

Dicho esto, la Sala Disciplinaria estima conveniente responder a los cuestionamientos que el señor defensor ha hecho de manera resumida y a modo de introducción. Veamos.

Comencemos con decir que no puede ser de recibo la afirmación que señala que determinada política o directriz no puede ser ilegal o contraria al ordenamiento jurídico, por el simple hecho de serlo. En otras palabras, que como las decisiones provienen o se originan en una política o en un plan de gobierno, ellas automáticamente quedan blindadas de cualquier cuestionamiento por parte de las autoridades y organismos de control competentes. En el presente caso, la Sala debe resaltar que las decisiones que fueron adoptadas, por muy que estuvieran soportadas en una u otra política, afectaron significativamente pilares fundamentales del ordenamiento jurídico. Concretamente y en el ámbito de la función pública, las conductas que se investigan en el presente proceso tuvieron una marcada incidencia en aspectos contractuales, de principios constitucionales como el de la libertad de empresa y aquellos relacionados con la protección de la salud humana y del medio ambiente. De tal forma, no es difícil comprender que las decisiones que concreten determinada política deben aceptarse, pero siempre y cuando se respeten los principios y las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico.

Pasemos ahora a la afirmación del señor defensor en cuanto a que «la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sí tenía la capacidad jurídica, financiera, de experiencia y organizacional para prestar el servicio público domiciliario de aseo, directamente y con el apoyo de sus filiales». Sobre este particular, la Sala discrepa con esta afirmación, pues, por un lado, no es cierto que la EAAB tuviera la capacidad de prestar el servicio directamente. Dos hechos, entre otros, así lo demuestran. El primero consiste en que fue necesario que los operadores privados asumieran de nuevo la prestación del servicio de aseo después de los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, mientras que el segundo es que desde un comienzo todas las actividades operaciones fueron trasladadas a la empresa Aguas de Bogotá, en virtud de un contrato que ascendió a la suma de ciento dieciséis mil millones de pesos ($116.000’000.000). Una contratación de este considerable valor no puede significar un simple «apoyo de una filial». Sencillamente lo que se ratifica es que la EAAB no tenía la experiencia ni la capacidad para prestar el servicio de aseo.

Por el otro, es un hecho incuestionable que ni la empresa Aguas de Bogotá ni la EAAB —operador público del que tanto se dice, por la defensa y el disciplinado, que sí era capaz— no tenía lista para el 18 de diciembre de 2012 ningún vehículo compactador para la prestación del servicio de aseo. Y tan incapaces fueron las empresas públicas que solo se vino corrigiendo este considerable signo de insolvencia operativa después de varios meses al inicio del nuevo esquema transitorio creado para la prestación del servicio público de aseo. Incluso, quedó demostrado que la prestación del servicio de aseo en vehículos volqueta se extendió hasta el mes de julio de 2013.

Ahora, ocupémonos en este momento de analizar la afirmación del señor defensor correspondiente a que una empresa de servicios públicos domiciliarios, una vez creada de conformidad con la Ley 142 de 1994, podía iniciar la prestación de sus servicios, con sujeción a la normatividad correspondiente, aun cuando no tenga la experiencia previa. Esto podría ser hasta cierto punto cierto, pero siempre y cuando esa empresa tenga, entonces, la absoluta idoneidad y capacidad para prestar un servicio público como el de aseo. Ahora bien, no es lo mismo que una empresa recién creada comience a prestar el servicio público para determinado número de usuarios, a que las entidades estatales celebren un contrato interadministrativo para que la supuesta y recién creada empresa asuma la prestación del ciento por ciento de los usuarios de una ciudad como la capital de la República. Esta circunstancia tan especial evidencia la debilidad de la afirmación al decir que no era necesaria ninguna experiencia, pues para la Sala, frente al caso estudiado, sí lo era, ya que los requisitos legales de la suscripción de los contratos interadministrativos así lo ordenan y, además, las realidades de la ciudad de Bogotá así lo exigían, tal y como lo entendieron todas las entidades, a excepción de las entidades del Distrito, con meses de antelación al inicio del nuevo modelo adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá.

Por último, respecto de la capacidad y falta de experiencia, la Sala quiere llamar la atención en que en virtud de algunas pruebas practicadas en el juicio la flota nueva de compactadores adquirida por el Distrito está en un alto riesgo de perderse, pues, debido a esa falta de experiencia y de conocimiento del operador público, varios de los nuevos compactadores y otros vehículos para la prestación del servicio se encuentran con fallas, falta de mantenimiento y con un estado de anormalidad que los pueden hacer inviables en un futuro cercano para la prestación del servicio público de aseo. Veamos.

Como se recordará la nueva flota de vehículos para la prestación del servicio de aseo fue adquirida por la EAAB. Sin embargo, teniendo en cuenta que en virtud del contrato interadministrativo n.° 809 de 2012 el responsable directo de la operación es la empresa Aguas de Bogotá, esta empresa y la EAAB celebraron

el contrato de 21 de marzo de 2013,[124] cuyo objeto fue «la entrega a título de comodato» de los siguientes muebles de propiedad de la EAAB:

1. Trece (13) barredoras
2. Quince (15) amplirrolles
3. Treinta y cinco (35) volquetas de 7 metros cúbicos
4. Diez (10) volquetas de 14 metros cúbicos
5. Dieciséis recolectores compactadores de 7 yardas.
6. Cuarenta y seis (46) recolectores compactadores de 16 yardas
7. Ciento cuarenta y tres (143) recolectores compactadores de 25 yardas

La entrega de estos bienes objeto del aludido contrato de comodato se ha hecho en forma progresiva, toda vez que se pactó un plazo de ejecución de seis (6) meses. En tal sentido, las trece (13) barredoras se recibieron por Aguas de Bogotá en el mes de marzo de 2013, y durante los meses siguientes se han venido entregando los demás vehículos. No obstante, la interventoría dejó constancia de que al mes de septiembre de 2013[125] dicha entrega no se ha cumplido en su totalidad. Así se demuestra en una relación de equipos, en donde se registra que de las 278 unidades se han recibido 267 por parte de Aguas Bogotá, cuya última fecha fue el 23 de septiembre de 2013.[126] Incluso, en la carpeta de los informes de interventoría obra una solicitud de modificación del contrato con el fin de que se amplíe el plazo para la terminación del contrato de comodato, por el término de tres meses; es decir, que el plazo máximo de entrega de estos equipos a Aguas de Bogotá será el 20 de diciembre de 2013.

En ese orden de ideas, lo anterior demuestra que durante el transcurso del año 2013 la EAAB ha tenido vehículos nuevos, los cuales han estado por algún tiempo sin ninguna utilización. Es decir, bajo el entendido de que todos los vehículos objeto del contrato de comodato, suscrito el 21 de marzo de 2013, son de propiedad de la EAAB y que ellos se han venido entregando en forma progresiva, la conclusión es que muchos de esos automotores han estado sin utilizarse por determinado tiempo. En efecto, según la relación que obra en la carpeta allegada por Aguas de Bogotá, las entregas han tenido lugar durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre del año 2013. Incluso, según la solicitud de prórroga del contrato de comodato se necesitan tres meses más para que la empresa Aguas de Bogotá termine por recibir estos vehículos, esto es, el 20 de diciembre de 2013.

---

[124] Conforme al contrato de comodato n.° 9-99-10200-0161-2013 del 21 de marzo de 2013 y los seis informes de interventoría, visibles en el anexo n.° 45 de la actuación.
[125] Conforme al informe de interventoría n.° 6 de fecha 9 de septiembre de 2013 del contrato de comodato, visible en los folios 17 a 21 del anexo n.° 45 de la actuación.
[126] Conforme a la relación visible en los folios 7 a 10 del anexo n.° 45 de la actuación.

De esa manera, surgen varios interrogantes: ¿qué utilización tuvieron algunos vehículos a partir de que fueron propiedad de la EAAB, hasta el día en que los recibió la empresa Aguas de Bogotá? ¿Cuál va ser la utilización de los vehículos de propiedad de la EAAB que no se han entregado a la empresa Aguas de Bogotá? ¿No se supone que la nueva flota adquirida por el Distrito debía comenzar a operar una vez la adquiriera la EAAB, aspecto que destacaron los sujetos procesales como una fortaleza del operador público? ¿El operador público sí tiene la experiencia y capacidad para prestar el servicio de aseo, cuando, después de un año de asumir dicha responsabilidad, todavía no ha podido contar con todos los vehículos en operación que se suponía eran los que iban a utilizarse a partir del 18 de diciembre de 2012?

Las respuestas a las anteriores preguntas tiene un elemento común: las empresas del Distrito no tienen la experiencia y la capacidad para prestar el servicio de aseo, pues después de casi un año el operador público no cuenta con la totalidad de la flota de vehículos compactadores en operación, la que supuestamente planeó desde el mes de octubre del año 2012. Ahora bien, podría decirse que esta conclusión es inexacta, por cuanto el operador público ya no está prestando el servicio de aseo en el cien por ciento de la ciudad, en la medida en que los operadores privados lo están haciendo, como subcontratistas de la UAESP, en el restante cuarenta por ciento aproximado de la capital. Pero, de llegar a ser cierta esta conclusión, las irregularidades todavía serían mayores, pues, estaría demostrado que desde el comienzo el número de vehículos compactadores que planearon las entidades del Distrito era insuficiente. Ahora bien, si esto no es así, estaría evidenciado algo más grave aún: una serie de sobrecostos y gastos innecesarios porque desde el 18 de diciembre de 2012 se han acumulado contrataciones de alquiler de vehículos volquetas y compactadores usados, y adquisición de compactadores nuevos, algunos de estos últimos sin utilizarse, siendo evidente el desorden administrativo y la falta de planeación y racionalización en la utilización de los recursos del Distrito, todo ello generado por las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá.

Con todo y eso, lo anterior ni siquiera es lo más grave. En efecto, para la Sala está demostrado que aún sin utilizarse todos los vehículos para la prestación del servicio de aseo, la flota adquirida por el Distrito puede perderse, tal y como lo evidencian los informes de interventoría n.° 5 y 6 del contrato de comodato de 21 de marzo de 2013 anteriormente referido.

De esa manera, obsérvese lo que se dijo en el informe de interventoría n.° 5 de fecha 2 de agosto de 2013, suscrito por el interventor CESAR AUGUSTO TORRES CORREA, gerente de tecnología:[127]

[127] Confróntese con los folios 22 y 23 del anexo n.° 45 de la actuación.

La Empresa de Acueducto de Bogotá adquirió los equipos con el primer año de Mantenimiento Preventivo (PM), **a partir de la fecha de entrega contractual,** este mantenimiento incluye: Cambio de filtro y aceite del motor, Cambio de aceite del embrague, Cambio de aceite de bocines de rueda, Cambio de filtro y aceite de la dirección, Cambio de filtro del combustible, Cambio del filtro de la urea, Engrase General, Cambio del filtro de separador de aceite (CCV) y así como ajustes, verificaciones y reglajes especificados en dicho plan. De acuerdo al Manual de Servicios de los equipos Daewo se debe realizar el primer Mantenimiento Preventivo (PM) a los 4.000 Km. Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente se observa que:

a. No se cuenta con la información del kilometraje en 26 equipos.
b. 50 equipos no han sido llevados a Daewo para realizar el PM.
c. A 42 equipos se le realizó el primer PM después de 5.000 km.
d. **El caso más crítico se presentó en el compactador de 25 Y3 de placa OCK506, que recorrió 5.886 Km de más sin realizarse el correspondiente PM.**

(…)

CONCLUSIÓN.

Si la Empresa Aguas de Bogotá no asume de manera inmediata los costos de reparación que le corresponden, e inicia un programa sistemático de lubricación y lavado **y una campaña con sus operadores para establecer buenas prácticas de operación, en muy poco tiempo la flota podrá colapsar.**

(Negrillas fuera de texto).

Igualmente, el mismo gerente de tecnología CESAR AUGUSTO TORRES CORREA, en el informe de interventoría n.° 6 de fecha 9 de septiembre de 2013, destacó que se realizó una visita por parte de la Gerencia de Tecnología el día 9 de septiembre de 2013 para la verificación del estado de los equipos. Indicó que esta visita la hizo a las centrales de operación de Aguas de Bogotá S. A. E. S. P. y talleres de los contratistas donde observó varios equipos inoperativos.[128] Así, observado el cuadro del informe, se puede verificar que al 9 de septiembre de 2013, de los vehículos que han sido entregados a Aguas de Bogotá, había 70 vehículos parados, de los cuales solo 3 lo estaban por colisión. En todo caso, estos 70 vehículos pueden ser discriminados así:

[128] Confróntese con los folios 17 a 19 del anexo n.° 45 de la actuación.

1. Vehículos compactadores: 67
2. Volquetas: 2
3. Camión amplirroll: 1

Lo más preocupante es que las causas de la inoperatividad de 67 vehículos están asociadas a fallas de suspensión, motor, caja compactadora, transmisión, dirección, trasmisión, frenos, diferencial, entre otras. Este temor fue reflejado una vez más en dicho informe de interventoría: [129]

> **CONCLUSIÓN**.
>
> Si no se asume de manera inmediata **los costos de reparación,** y si no se inician un programa sistemático de lubricación y lavado, **y una campaña con los operadores para establecer buenas prácticas de operación, la flota podrá colapsar.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, son varias las conclusiones que pueden sacarse de estos dos informes. La primera es que la interventoría fue lo suficientemente clara en que los mantenimientos preventivos por cuenta del contratista son durante el primer año a partir de «la fecha de entrega contractual»; es decir, a partir de que la EAAB fue dueña de dichos vehículos, lo cual necesariamente tuvo que ocurrir antes del 21 de marzo de 2013. Si así son las cosas, es evidente que ese mantenimiento preventivo en un buen número de vehículos está en riesgo de perderse, pues, como quedó claro, muchos de los automotores no han sido entregados a la empresa Aguas de Bogotá por parte de la EAAB y otros apenas se recibieron en el segundo semestre del año 2013. Ni siquiera la entrega total sucederá antes del 20 de diciembre de 2013, fecha en la cual terminaría la ejecución del contrato de comodato, si es que no se solicitan más prórrogas.

En segundo lugar, resulta verdaderamente alarmante que entre el mes de abril y septiembre de 2013 se haya presentado la inoperatividad de 67 vehículos por cuestiones relacionadas con fallas en la suspensión, motor, caja compactadora, transmisión, dirección, trasmisión, frenos, diferencial, entre otras. Pero esta angustia se acrecienta cuando está demostrado que la causa de dichas fallas obedece a la falta de experiencia de las entidades del Distrito para el manejo de dichos vehículos. Esto está probado porque los dos informes de interventoría son claros en decir que se debe hacer, de manera urgente e inmediata, «una campaña con los operadores para establecer buenas prácticas de operación», con el riesgo de que si no se hace la flota en muy poco tiempo podrá colapsar.

[129] Confróntese con el folio 17 del anexo n.° 45 de la actuación.

Esta situación es sumamente gravísima, pero se explica por la falta de experiencia de las entidades del Distrito para el manejo de vehículos especiales como los compactadores. No en vano, de los 67 vehículos que estaban en estado de inoperatividad al mes de septiembre de 2013, 64 de ellos eran compactadores.

Y en tercer lugar, las conclusiones de los informes de interventoría, aunque sumamente graves, son apenas lógicas con lo que informaron algunos testigos en el presente proceso.

El primero de ellos fue DARÍO ARTURO BELTRÁN, quien, respecto de la falta de experiencia de la EAAB, dijo lo siguiente.

> «(…) **Nadie de su personal** (en la EAAB) **tenía experiencia en la prestación del servicio de aseo. No tenían una sola persona que conociera técnicamente** la planeación, el diseño de rutas, **la asignación de equipos,** la modelación de personal, el establecimiento de horarios y de frecuencias. **De todo el personal que nosotros conocimos, no había nadie con esa experiencia. Por una razón: porque nunca lo habían hecho.**»[130]

Y más adelante, obsérvese la pregunta que le hizo la defensa y su contundente respuesta:

> **PREGUNTA DE LA DEFENSA:** ¿Dado su conocimiento en la prestación del servicio de aseo, sírvase informar, si el Distrito hubiera contado con los equipos que estaban en poder de los operadores privados, que eran de propiedad del Distrito, esto hubiera tenido algún impacto en el inicio de la operación? **RESPUESTA:** «En teoría, **el problema en la prestación del servicio de aseo no es solo tener los equipos; hay que contar con un personal, un programa de operaciones, un plan de operaciones.** Ellos (Aguas de Bogotá) no tenían, a mi juicio, ni los equipos ni lo otro. El haber tenido los equipos hubiera hecho un poco menos traumático, a mi juicio, por supuesto, la prestación del servicio (…) No tenían los camiones; indudablemente, si los hubieran tenido, era menos traumática la implementación de la prestación del servicio».[131]

[130] Confróntese con los minutos 16 y siguientes de la declaración del señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[131] Ibídem. Minuto 29 de la declaración.

Así, esa falta de personal que conociera técnicamente la asignación de los equipos y la ausencia de un programa y un plan de operaciones es lo que concuerda con una respuesta del testigo ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO frente a las preguntas de la defensa. En efecto, este declarante respondió que la excusa de que el Distrito no tuviera los camiones no era suficiente, asegurando que, si se hubiesen tenido, de todos modos no se hubiese alcanzado los resultados esperados por el Distrito. Para ello ilustró que para prestar el servicio, además de tener camiones, «**se necesitaba mecánicos** y otras condiciones, como gente entrenada para hacer reparaciones, todo lo cual era bien difícil».[132]

Dichas explicaciones concuerdan con que la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá no tenían la experiencia y capacidad en la prestación del servicio de aseo, como sí la puede tener una empresa dedicada a varios años a dicha labor. Por eso es que los operadores con la capacidad y experiencia requerida tienen departamentos de operaciones, con personal idóneo e ingenieros, que sabían, no solo del tema de vías y de residuos, sino del tema de transporte, tal y como lo explicó otro testigo, el señor TULIO EDUARDO SARMIENTO.[133] Este declarante refirió que la operación de transporte en el aseo era un componente importante en estos términos: «**Si no hay un departamento de operaciones que tenga la flota al día,** que tenga los supervisores que vigilen, la prestación del servicio **no podía ser satisfactoria**».[134]

Nada de lo anterior lo tenía la EAAB, ni mucho menos la empresa Aguas de Bogotá, según lo refirió el testigo DARÍO ARTURO BELTRÁN. Y lo preocupante es que esa situación persiste en el presente año, por lo menos al mes de septiembre de 2013, en el cual se elaboró el informe de interventoría n.° 6 del contrato de comodato entre la EAAB y Aguas de Bogotá, donde inequívocamente se advierte que la flota está en riesgo alto de colapsar, situación que se debe a causas relacionadas con la operación y el mantenimiento.

Ahora bien, dado que el señor abogado defensor ahondó en otras razones para desvirtuar el primero de los cargos formulados, abordaremos enseguida el estudio por separado de cada uno de dichos cuestionamientos.

---

[132] Confróntese con los minutos 1.28 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[133] Confróntese con los minutos 28 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor TULIO EDUARDO SARMIENTO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[134] Ibídem. Minutos 28 y siguientes de la declaración.

6.2.1.1 Indebida identificación de la falta. Ausencia de tipicidad.

6.2.1.1.1 Argumentos de la defensa

Luego de efectuar algunas consideraciones sobre determinadas normas de la Constitución, la Ley 80 de 1993, la Ley 489 de 1998, el Decreto 1421 de 1993, el Acuerdo 257 de 2006[135] y otras que regulan el servicio público, la función administrativa, la responsabilidad que atañe a algunas entidades estatales y a los servidores públicos en el marco de sus funciones y competencias, y la naturaleza jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y la empresa Aguas de Bogotá, el señor defensor concluyó que el señor alcalde mayor de Bogotá, como jefe de Gobierno y de la administración distrital, podía establecer políticas y directrices y que eso era parte de sus funciones, pero que ello no comportaba que por ese solo hecho fuera partícipe de los procesos precontractuales y contractuales de las entidades descentralizadas por servicios, las que por definición eran autónomas.

De similar modo, argumentó que el Estatuto General de la Contratación colocaba en cabeza de los representantes legales de las entidades descentralizadas, de cualquier nivel, la competencia para celebrar los procesos de contratación y, dado que se trataban de entidades que gozaban de plena autonomía, eran estos funcionarios quienes, en ejercicio de sus competencias legales y reglamentarias, participaban en los procesos contractuales, pero no los acaldes como ocurría en el presente caso.

Así mismo y refiriéndose al artículo 10 del Acuerdo 11 de 2010, el cual señala las funciones de los miembros de la Junta Directiva de la EAAB, precisó que en ninguna de ellas estaba la atinente a la participación en los procesos de contratación en lo que respecta a la elaboración de estudios previos, preparación de propuestas o celebración de contratos.

Enseguida y luego de traer a colación apartes de la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, argumentó que el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 disponía que la conducta disciplinaria que originaba la sanción era la «participación en la etapa precontractual o en la actividad precontractual «con desconocimiento de los principios de regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley». Pero refirió que estos principios, como lo señalaba la sentencia, no podían interpretarse en forma directa y abierta para tipificar la conducta; que esos principios debían concretarse a las reglas precisas a las que debe sujetarse el servidor público, reglas que, a su vez, debían corresponder a su ámbito competencial.

[135] Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital y se expiden otras disposiciones.

Por esas razones, concluyó que el alcalde Mayor no tenía la competencia para participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual y, por tanto, no podía vulnerar los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa en la celebración de los contratos interadministrativos n.° 17 y n.° 809, ni mucho menos las normas contractuales citadas. Por ello dijo que la tipificación de la conducta efectuada por la Procuraduría era errada.

6.2.1.1.2 Consideraciones de la Sala.

Lo primero en lo que debe insistir la Sala es que la imputación efectuada al señor alcalde mayor de Bogotá consistió en la determinación que este hizo a los directores de las entidades del Distrito, entre ellas la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, para que estas dos últimas empresas asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

Por ello, resulta claro que el señor alcalde mayor de Bogotá no tuvo participación directa en las precisas actividades que conformaron las etapas precontractuales y contractuales de los dos contratos interadministrativos, como, por ejemplo, la elaboración de los estudios y actividades similares y puntuales. En párrafos precedentes se dijo que seguramente ni los directores o gerentes de las entidades que suscribieron estos convenios así lo hicieron. Pero también se aclaró que es lógico considerar que en una estructura administrativa intervienen un sinnúmero de funcionarios, todos ellos cumpliendo los determinados roles que le son asignados, con la particularidad de que las funciones se ejercen en la dirección de lo ordenado por los respectivos superiores.

En el caso de la ciudad de Bogotá, la decisión en cabeza del alcalde mayor para que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio fue evidente, la cual fue defendida durante el segundo semestre del año 2012 por parte de los funcionarios directivos del Distrito y por el mismo mandatario distrital. En otras palabras, esta decisión siempre estuvo bajo el dominio del señor alcalde mayor de Bogotá, quien además tenía la condición como miembro de la Junta Directiva de la EAAB.

Es claro en el presente caso —sin perjuicio de que la autoría principal estaba en cabeza de los directivos de la UAESP, EAAB y la empresa Aguas de Bogotá— que todos los medios de prueba acreditan que quien tomó la decisión fue el propio señor alcalde mayor de Bogotá, muy a pesar de la autonomía administrativa que tenían dichas entidades. La explicación jurídica del porqué las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá podían incidir en las actuaciones de entidades descentralizadas se da por dos razones principales: porque el alcalde nombra al director o gerente de estas entidades y porque aquél ejerce sobre estos el respectivo control de tutela.

De esa manera, no resulta extraño que quien en principio no interviene de forma directa en las concretas actividades precontractuales y contractuales de determinada modalidad de contratación sí pueda ser partícipe, a título de determinador, de la suscripción de ciertos contratos interadministrativos. Y, en el presente caso, ello es palpable, pues la realidad muestra que la decisión para que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo provenía directamente del señor alcalde mayor de Bogotá. De ahí que en otros apartados expuestos por los sujetos procesales tal premisa resulte obvia, pues en muchos de ellos se defendió la tesis de que dicha decisión sí fue ajustada al ordenamiento jurídico o respecto de la cual se invocaron algunas situaciones que, según ellos, justificarían tales órdenes o directrices.

Por otra parte, es cierto que la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional dispuso que el correcto entendimiento del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 es que para estimarse incumplidos los principios de la contratación estatal se debe hacer mención de las normas constitucionales de aplicación directa o de las normas legales que los desarrolla, con el fin de que estos no se interpreten de forma directa y abierta. En suma, es necesario que cada vez que se impute esta falta disciplinaria se mencionen las reglas que impactan o desconocen dichos principios.

Sin embargo, en el presente caso lo anterior se hizo y, al momento de adoptarse esta decisión, así lo ratifica la Sala. En efecto, las reglas que se inobservaron, con sus respectivos principios, fueron las siguientes:

a. En cuanto al contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, celebrado entre la UAESP, en su condición de contratante, y la EAAB, en su condición de contratista.

El contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 debió respetar y cumplir con los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad, por cuanto se infringieron las siguientes reglas:

- En cuanto al principio de transparencia, el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

> 8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, l**es será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva** y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.
>
> (Negrillas fuera de texto).

- En lo que se refiere al principio de economía, el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

1. (Aparte subrayado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, **se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.** Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

(Negrillas fuera de texto).

Y también en numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

12. (Numeral modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011). **Previo** a la apertura de un proceso de selección, o **a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos,** y los pliegos de condiciones, según corresponda.

(Negrillas fuera de texto).

- En cuanto al principio de selección objetiva, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, preceptúa lo siguiente:

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. E**s objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad** y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica **y las condiciones de experiencia,** capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. (Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011). **La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos** y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, **resulte ser la más ventajosa para la entidad,** sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. (…)

(Negrillas fuera de texto).

- Se debe recordar, en cuanto al principio de transparencia, que una de las excepciones a la regla de que la escogencia de todo contratista se efectúe a través de licitación pública es la contratación directa.[136] A su vez, una de las posibilidades de contratación directa es precisamente la celebración de los contratos interadministrativos. En efecto, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece lo siguiente:

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

(…)

c) (Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011). **Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.**

(…)

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

(…)

(Negrillas fuera de texto)

- En cuanto al principio de responsabilidad, el numeral 3.° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

[136] Conforme lo establece el numeral 1.° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

> 3. (Apartes subrayados derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) **Las entidades y los servidores públicos responderán** cuando hubieren abierto licitaciones o concursos **sin haber elaborado previamente los** correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, **estudios,** planos y evaluaciones **que fueren necesarios,** o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, con la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 dichas reglas y principios de la contratación estatal se violaron, análisis que cumple al pie de la letra con los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005. En concreto, así se produjo el incumplimiento de dichas reglas contractuales:

1. En cuanto al **principio de transparencia**, en donde una de las reglas es la contenida en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, está claro que la administración distrital, en este caso representada por la UAESP, no llevó a cabo los procedimientos de selección objetiva para haber contratado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) para que asumiera la prestación del servicio público de aseo. La UAESP no acudió a la regla de la licitación y, por el contrario, seleccionó a una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio público de aseo.

2. En lo que se refiere al **principio de economía,** establecido en el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no se cumplieron los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable: no se hizo licitación y, por el contrario, acudiéndose a una causal de contratación directa, se contrató con una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio, por lo cual la propuesta de la EAAB claramente no era la más favorable.

3. Siguiendo con **el principio de economía,** tampoco se elaboraron los estudios previos **requeridos** para haber determinado que el contratista idóneo y que reunía las condiciones de experiencia y capacidad técnica era la EAAB. Al respecto, hubo notorias deficiencias e irregularidades en la elaboración de los estudios previos, para haber considerado que la

EAAB supuestamente tenía la experiencia, la idoneidad y capacidad operativa.

Aquí también cabe agregar que la EAAB, a través del tiempo, siempre tuvo como experiencia la prestación de los servicios públicos de agua y alcantarillado, pero que solo se incluyó el servicio público de aseo hasta el día 5 de septiembre de 2012, a través de la modificación estatutaria realizada mediante el acuerdo 12 de esta fecha, suscrito por el señor GUSTAVO PETRO, en su condición de presidente de la Junta Directiva de la EAAB.[137] Esta modificación ocurrió únicamente con 26 días de antelación a la elaboración de los estudios previos[138]; 27 días antes de la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa[139] y 36 días antes de la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012.[140] La modificación estatutaria al objeto de la EAAB tampoco cumplió con la previsión normativa contenida en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 de 2012, en lo que se refiere a que el objeto del contrato tenga relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

4. En cuanto al **principio de selección objetiva,** establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, con la escogencia de la EAAB no se obtuvo el ofrecimiento más favorable para la entidad. Conforme al numeral 1 de la citada norma, la EAAB no tenía las condiciones de experiencia ni los factores técnicos adecuados para la prestación del servicio, por lo que la propuesta de la EAAB no fue la más ventajosa.

5. Si bien una de las excepciones a la regla de la licitación pública es la contratación directa, en donde una de las causales es la celebración de los contratos interadministrativos, estos solo podrán llevarse a cabo, siempre y cuando las obligaciones derivadas de ese contrato tuvieran relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. En el presente caso, el objeto de la EAAB no tenía ninguna relación con la prestación del servicio público de aseo, pues esta entidad no tenía ninguna experiencia en la prestación de este servicio. Ahora bien, es cierto que el objeto de la EAAB fue modificado mediante el acuerdo 12 del 5 de septiembre de 2012 para incluir dentro de su objeto la prestación del servicio de aseo, pero no lo es menos que esta formalidad se llevó a cabo únicamente a tan solo tres meses de asumirse la prestación del

---

[137] Confróntese con los folios 307 a 313 del anexo n.° 14 de la presente actuación.
[138] Elaborados el 1.° de octubre de 2012, conforme a los estudios que obran en los folios 1 a 34 del anexo n.° 2 de la actuación.
[139] Conforme al acto administrativo del 2 de octubre de 2012, suscrito por el director (e) de la UAESP, que obra en los folios 35 a 54 del anexo n.° 2 de la actuación. Así mismo, copia de este acto se encuentra en los folios 1 a 10 del anexo n.° 4 de la actuación.
[140] La fecha de la suscripción del contrato interadministrativo 017 es del 11 de octubre de 2012.

servicio de aseo, por lo que real y materialmente las obligaciones que se derivarían del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 no guardaban relación alguna con la experiencia que hasta ese momento había mostrado la EAAB.

6. Si se observa detenidamente el inciso tercero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 fácil será concluir que en materia de contratos interadministrativos existe la posibilidad de que la entidad ejecutora pueda subcontratar «algunas actividades derivadas del contrato principal». En el caso concreto, la EAAB, como entidad ejecutora, no subcontrató «algunas actividades derivadas del contrato principal», sino que, mediante la suscripción del contrato interadministrativo 0809, **trasladó toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a otra entidad** que tampoco tenía la experiencia ni la capacidad técnica requerida como lo fue la empresa Aguas de Bogotá.

7. Y en cuanto al principio de responsabilidad, si bien es cierto que el numeral 3.° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece que los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los estudios que fueren necesarios, con mayor razón lo será cuando se trate de la suscripción de los contratos interadministrativos. En el presente caso, no se elaboraron los estudios previos **necesarios**, pues los estudios que supuestamente determinaron que la EAAB tenía la capacidad y la experiencia requerida incurrieron en notables falencias e irregularidades.

b. En cuanto al contrato interadministrativo 0809 del 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB, en su condición de contratante, y la empresa Aguas de Bogotá, en su condición de contratista.

Este contrato fue celebrado entre la EAAB, en su condición de contratante, y la empresa Aguas de Bogotá, en su condición de contratista. Por medio de este contrato la EAAB trasladó toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a la empresa Aguas de Bogotá.

En tal sentido, la EAAB es una empresa industrial y comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. De conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, los contratos que celebre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. se regirán por el derecho privado y por las disposiciones que en materia de contratación expida la Comisión de Regulación

de Agua Potable y Saneamiento Básico, o por las normas especiales que, según el caso, los regulen expresamente.

Sin embargo, conviene tener presente que la EAAB, en su condición de entidad pública, está obligada a cumplir con los mandatos estatutarios y legales que le sean aplicables, incluyendo el Manual de Contratación de la entidad, adoptado mediante la Resolución n.° 730 del 16 de noviembre de 2012.[141]

En consecuencia, en este Manual de Contratación se adoptaron como principios tanto los de la función pública, que están señalados en la Constitución Política de Colombia[142], como aquellos de la contratación administrativa, adoptados mediante las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[143]. Así, en cuanto a los principios contractuales establecidos en la ley, el último considerando de dicho manual dispuso lo siguiente:

> **Que con el fin de garantizar la transparencia, economía,** moralidad, publicidad, igualdad, celeridad, eficacia, eficiencia **y la selección objetiva en los procesos contractuales que adelanta la EMPRESA,** es necesario adoptar un nuevo manual de contratación para la EMPRESA, **acorde con los desarrollos legales y jurisprudenciales pertinentes** y en consideración a las necesidades dinámicas de la contratación de la EMPRESA.[144]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Igualmente, este Manual de Contratación fue el que dispuso que en desarrollo de la contratación que llevara a cabo la EAAB como mínimo se debía respetar, conforme «a los desarrollos legales y jurisprudenciales», los principios de transparencia, economía y selección objetiva.

En ese orden de ideas, los mismos conceptos referidos en el apartado anterior en cuanto a los mencionados principios son aplicables también para la suscripción del contrato interadministrativo 0809 de 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. Al respecto, obsérvese lo que establece el Manual de Contratación de manera muy específica en lo que tiene que ver con el principio de selección objetiva[145]:

---

[141] Manual de Contratación que obra en los folios 217 a 248 del anexo n.° 21 de la actuación.
[142] Ver el primer considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 217 del anexo n.° 21 de la actuación.
[143] Ver el último considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.
[144] Confróntese con el último considerando del Manual de Contratación. Ver folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.
[145] Artículo 21 del Manual de Contratación. Ver folio 231 del anexo n.° 21 de la actuación.

> ARTÍCULO 21. TÉRMINOS DE REFERENCIA. **Los términos de referencia** para las invitaciones públicas **o para la contratación directa deberán ser completos y precisos, con el fin de garantizar la selección objetiva del contratista.** (…)
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en esta contratación se presentaron deficiencias notables en los estudios previos que posibilitaron la suscripción del contrato interadministrativo n.° 0809 del 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. Hubo documentos totalmente impertinentes como aquellos relacionados con la verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo. Se presentaron enormes deficiencias tanto en los estudios elaborados por la EAAB así como los documentos que sirvieron de soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá. El interminable listado de contratos que tuvo que celebrar Aguas de Bogotá para tratar de contar con los equipos mínimos requeridos y la falta de experiencia y la condición financiera de esta última empresa fueron razones de más para considerar que con la suscripción de dicho contrato se desconocieron las normas contractuales vigentes, en especial, el principio de selección objetiva, con lo cual se puso en riesgo la continuidad de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

La empresa Aguas de Bogotá no tenía la experiencia y tampoco era capaz técnica y operativamente para asumir la prestación del servicio, aspectos que precisamente debieron ser advertidos al momento de elaborar los respectivos estudios previos a la contratación.

Así las cosas, al igual que con la suscripción del convenio 017 del 11 de octubre de 2012, están señaladas las reglas de la contratación estatal con las cuales se desconocieron los principios de la contratación estatal, muy especialmente el de selección objetiva, cuya inobservancia también conllevó a que se configurara la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consideraciones que corresponden a las previsiones fijadas en la sentencia C-818 de 2005 proferida por la Corte Constitucional.

Por lo anterior, no es correcto afirmar que la tipificación de la conducta efectuada por la Procuraduría fue errada.

Así mismo, si bien es cierto que la autoría principal de la celebración de los contratos interadministrativos 017 de 11 de octubre de 2012 y 0809 de 4 de diciembre de 2012 estuvieron en cabeza de los directores y gerentes de las entidades del Distrito como la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, también lo es que las pruebas demuestran que el señor alcalde mayor de

Bogotá determinó a estos funcionarios para que celebraran estos convenios, aspecto que lo hace responsable por la cláusula establecida en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, sin que en nada afecte que la suscripción de las referidas contrataciones esté a cargo de un funcionario diferente al disciplinado, pues debe insistirse en que este «determinó», más no «celebró».

6.2.1.2 Inexistencia de la calidad de determinador que se endilga al alcalde mayor.

6.2.1.2.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor señaló que el «calificativo de determinador no fue definido claramente en el pliego de cargos», y que el solo hecho de que un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, fije políticas, directrices u orientaciones no dan lugar a que se asuma que es determinador de una conducta sancionable disciplinariamente. Agregó que la calidad de determinador debe partir de la existencia comprobada de actuaciones del investigado expresamente orientadas a instigar a otro a la violación del ordenamiento jurídico, pues era claro y evidente que no se podía considerar que el funcionario público que diera una orden o una instrucción hubiera incurrido en falta disciplinaria, y si la orden o instrucción estaba dada dentro del marco legal. Para ello, puso el ejemplo de que el ministro de defensa era responsable por los falsos positivos por haber solicitado a las fuerzas públicas ser efectivos en sus actuaciones contra los grupos al margen de la ley.

También, acudiendo a citas de algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y de la Ley 142 de 1994, argumentó que el interés del alcalde mayor y la política de la constituir un operador público para la prestación del servicio de aseo no era ilegal; que, por el contrario, esas normas preveían la posibilidad de que se constituyeran nuevas empresas de servicios públicos domiciliarios —las que podían ser oficiales—, o que una empresa de servicios públicos ya existente prestara uno o más servicios públicos o participaran como socias de empresas de servicios públicos domiciliarios.

Por otra parte, y en relación con una comunicación del 20 de noviembre de 2012, suscrita por el director de la UAESP —en donde se decía que «el Gobierno Distrital había decidido, de manera transitoria, que la EAAB asumiera la prestación del servicio de aseo en la ciudad—, dijo que «el alcalde no era el único que tomaba la decisión», y que de dicha comunicación no se podía entender que la posición del Gobierno Distrital hubiese sido impuesta por el alcalde o que ella significara una orden de violar el ordenamiento jurídico, o que se tenía que ejecutar como fuera y de cualquier manera. Añadió que era legal que la EAAB asumiera la prestación del servicio de aseo y que el hecho de esta prestación del servicio se hubiera previsto como «algo transitorio, en tanto se

preparaba una nueva licitación, ello no lo hacía como ilegal o contraria al ordenamiento jurídico».

Luego trajo a colación algunas actas de la Junta Directiva realizadas en los meses de julio y septiembre de 2012, para demostrar que algunos «expertos» y funcionarios recomendaron que la mejor opción era la prestación del servicio de aseo por parte de un operador público, lo cual significaba que esa decisión «no era una orden arbitraria e inconsulta del señor alcalde mayor», o «una imposición suya», como lo había entendido la Procuraduría.

Sobre este aspecto agregó que era cierto que el doctor PETRO URREGO, junto con otros funcionarios de la administración distrital y las entidades distritales, discutieron en varias ocasiones el esquema del servicio de aseo para la ciudad de Bogotá, pero que ello desvirtuaba el reproche formulado por la Procuraduría, pues si la intención hubiese sido dar «órdenes arbitrarias e ilícitas», simplemente no se requería efectuar dichas reuniones, solicitar el concurso de diferentes funcionarios para escuchar opiniones y solicitar los respectivos estudios.

De manera adicional, también llamó la atención sobre que «la Procuraduría adujo como prueba contra el disciplinado noticias registradas en los medios de comunicación». Al respecto, trajo a colación algunos extractos de las sentencias del 6 de marzo de 2008 y 18 de julio de 2012, proferidas por el Consejo de Estado. De esa manera concluyó que los recortes de prensa y, aun las entrevistas radiales o televisadas que pueden ser objeto de edición y manipulación, no servían de soporte probatorio.

A manera de síntesis, el señor abogado defensor expresó lo siguiente:

a. La constitución de un operador público de aseo o su prestación por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y de Aguas Bogotá S.A. E.S.P. no es ilegal ni irregular, así sea transitorio, pues tiene soporte constitucional y legal.

b. El señor alcalde mayor y la administración distrital podía establecer directrices, orientaciones e instrucciones relacionadas con la prestación de los servicios a su cargo, pues esto hacía parte de sus potestades y ámbito funcional, entre ellas las referidas a la prestación del servicio de aseo; ello no era ilegal o irregular.

c. El señor alcalde mayor siempre manifestó que las decisiones se adoptarían con fundamento en el marco legal y jurisprudencial y con los estudios correspondientes.

d. El señor alcalde mayor no dio órdenes, instrucciones por fuera del ordenamiento jurídico ni impuso a ninguna entidad descentralizada la obligación de actuar en forma irregular y que de ello no obraba prueba en el expediente.

e. El señor Alcalde Mayor actuó con el convencimiento, que aún tiene, que la prestación del servicio de aseo por un operador público está dentro del marco constitucional y legal y, además, que era la medida pertinente, seria y razonable para atender el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia T-724 de 2003 y el Auto 275 de 2011.

6.2.1.2.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, la Sala debe precisar que no es cierto que «el calificativo» de determinador no haya sido definido claramente en el pliego de cargos, pues, en relación con esta modalidad de conducta, de forma concreta en el cargo formulado se dijo lo siguiente:

> **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 Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de 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 ese sentido, el cargo que se le formula al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, **se hace a título de determinador,** modalidad de autoría para la realización de una falta disciplinaria, contemplada en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> ARTÍCULO 26. AUTORES. **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.
>
> (Negrillas fuera de texto).

En segundo lugar, lo que denominó el señor defensor como «fijar políticas, directrices u orientaciones» es lo que conforme a las pruebas obrantes en la actuación corresponde con la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá de que las empresas del Distrito debían asumir la prestación del servicio de aseo. Tan evidente y clara es esta conclusión, que en muchos otros argumentos de los sujetos procesales se ha dado a entender que esto se hizo por varias razones, entre ellas «incluir a la población recicladora», «descartelizar contratistas», «bajar las tarifas», «comprar flota nueva de mejor tecnología», entre muchas otras. Es decir, el presupuesto imprescindible de estos argumentos de defensa es partir de la idea de que efectivamente el señor alcalde tomó la decisión de implementar un nuevo modelo se aseo en la ciudad de Bogotá, la cual obviamente se materializó con la suscripción de los convenios interadministrativos celebrados entre las entidades del Distrito.

Ahora bien, un aspecto distinto es que jamás se encontrará una prueba que demuestre que el señor alcalde mayor de Bogotá le haya dicho categórica y literalmente a determinado funcionario que «tenía que violar el ordenamiento jurídico», pues ello sería impensable y poco probable. Sin embargo, en la estructuración de una irregularidad de índole disciplinaria, cuando esta consiste en una determinación hacia otro servidor público, no se necesita demostrar que en la directriz u orden se haya hecho una valoración sobre lo antijurídico en la forma como lo expone el señor abogado defensor, pues si así fuera se podría cometer cualquier tipo de irregularidad y el argumento de exculpación sería siempre, en términos simples y literales, que jamás «se determinó a infringir el ordenamiento jurídico».

En el presente caso, el señor alcalde mayor de Bogotá, como sus funcionarios directivos de las entidades sobre las cuales él ejerce el respectivo control de tutela, sabía que celebrar contratos con entidades sin la más mínima experiencia y capacidad requerida era contrario al ordenamiento jurídico. Es más, necesitándose únicamente para la configuración del elemento cognitivo del dolo la conciencia potencial o actualizable de la ilicitud, la Sala considera que con el sinnúmero de advertencias que varias entidades le hicieron al mandatario distrital existen pruebas suficientes para concluir que el disciplinado actuó incluso con conciencia plena de la antijuridicidad de su comportamiento.

De igual manera, el ejemplo del ministro de defensa con la ocurrencia de falsos positivos, puesto a consideración por el señor defensor, tiene varias respuestas,

pues si hipotéticamente, en un caso determinado, se llegare a demostrar que el jefe de dicha cartera envió a un escuadrón militar a obtener a como diera lugar resultados contra la criminalidad, acudiéndose al uso de la fuerza y a la utilización de armas en contra de la población civil, no se necesitaría probar que el ministro literalmente «ordenó matar» o que dispuso que tenía que «infringirse el ordenamiento jurídico».

En tercer lugar, la Sala debe aclarar que en ningún momento el reproche en contra del disciplinado consistió en que se tuviera la idea de «crear» o «constituir» un operador público para prestar el servicio de aseo, posibilidad que obviamente no es ilegal. Pero lo que sí es contrario a derecho es que con operador nuevo o uno ya creado se asigne el manejo y la prestación del servicio de aseo en una ciudad como la capital de la República a una entidad carente de la más mínima experiencia y capacidad para asumir semejante responsabilidad. En el presente caso, dicha situación ocurrió y está demostrada por todas las pruebas obrantes en el expediente, entre las que se destacan los hechos de público y notorio conocimiento ocurridos en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

En cuarto lugar, no es aceptable el argumento de que se diga que varios funcionarios y expertos hayan recomendado que la mejor opción para prestar el servicio de aseo era a través de un operador público, pues esto sería así siempre y cuando ese operador público hubiese tenido la mínima experiencia y capacidad técnica y operativa para prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Además, resulta curioso que aquí se diga que sí se tuvo en cuenta la opinión de supuestos «expertos y funcionarios», cuando en otros apartados se niega rotundamente la no procedencia de las múltiples recomendaciones y advertencias de autoridades y entidades expertas, entre ellas las de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que en varias ocasiones se dirigió directamente al alcalde mayor de Bogotá.

En quinto lugar, debe insistirse en que las noticias registradas en los medios de comunicación fueron un elemento de análisis adicional al conjunto de pruebas obrantes en la actuación, pues los hechos que allí se encuentran fueron de notorio y público conocimiento y, además, las decisiones y pronunciamientos del señor alcalde concuerdan de manera perfecta con sus diferentes intervenciones oficiales, así como con las decisiones que fueron adoptadas mediante los Decretos 564 y 570 de 2012.

En sexto y último lugar, no es de recibo que se diga que la única manera de cumplir las órdenes de la Corte Constitucional, tendientes a garantizar los derechos de la población recicladora, haya sido con la implementación de un nuevo modelo de aseo que asignó toda la responsabilidad y prestación del servicio a un operador público carente de la más mínima experiencia y capacidad técnica requerida, tal y como los hechos y las pruebas así lo

demuestran, pues está claro que el cumplimiento de estas medidas no dependían de la adopción de uno u otro esquema, que el cumplimiento de muchas acciones afirmativas eran de carácter progresivo y que la inclusión de las personas dedicadas a la actividad del reciclaje no es excluyente con algún modelo de prestación de servicio autorizado por la ley, ni siquiera con la aplicación del régimen de libertad de empresa, en la forma que lo explicó el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS.

6.2.1.3 Inexistencia de ilicitud sustancial y ausencia de dolo y culpa.

6.2.1.3.1 Argumentos de la defensa.

A partir de una cita de la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, el señor defensor no estuvo de acuerdo con el análisis de ilicitud sustancial de la falta disciplinaria que fue objeto del primero de los cargos formulados. Así mismo insistió en que las actuaciones del disciplinado hicieron parte de las facultades y potestades que él tenía como jefe de gobierno; que las decisiones adoptadas en materia de la prestación del servicio de aseo fueron lícitas y acordes al ordenamiento jurídico, y que en ninguna actuación se instó a algún funcionario a actuar por fuera del ordenamiento jurídico.

En cuanto al ingrediente subjetivo de la falta reprochada, aseveró que la Procuraduría había partido de una premisa errada, la cual eran las comunicaciones enviadas por las distintas autoridades públicas que manifestaron su desacuerdo con la operación del servicio de aseo por parte de un operador público. En este punto y en cuanto al oficio n.° 2-2012-49193 del 12 de octubre de 2012, suscrito por el doctor PETRO URREGO y enviado a la Superintendencia de Servicios Públicos, explicó que la Procuraduría había señalado que «le llamaba poderosamente la atención», pero sin que el ente de control indicara qué era lo que le causaba sorpresa, cuando, ciertamente, lo único que reflejaba era que el disciplinado siempre tuvo el interés de acatar el ordenamiento jurídico.

De manera similar, refirió que esta comunicación y muchas otras que habían enviado algunas autoridades públicas a las entidades del Distrito y al alcalde mayor de Bogotá no significaban órdenes e instrucciones sino que eran «argumentaciones jurídicas e ideológicas que fueron remitidas por el señor alcalde mayor a los funcionarios competentes para su evaluación», de lo cual se concluía que ellas «no eran acertadas, en buena medida, porque dichas autoridades no tenían un conocimiento claro de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, de los principios de la economía social de mercado establecidos en la Constitución Política (Art. 333 y 334 C. P.) y del esquema transitorio para la prestación del servicio de aseo propuesto». Incluso, desestimó el oficio de la Contraloría Distrital radicado con el n.° 2-2012-19155

del 23 de octubre de 2012, porque esto no era un control de advertencia y su única finalidad era informar al alcalde que se remitiría dicho pronunciamiento a la Procuraduría, dando por probado y aceptado la existencia de irregularidades sin que mediara un debido proceso. Por todo ello, afirmó que no podía hablarse de dolo cuando las comunicaciones enviadas por las autoridades mencionadas no eran vinculantes, obligatorias y en la medida en que podían ser objeto de análisis y disenso.

Insistió, también, en que con la interpretación dada por la Procuraduría se tenía que concluir que todo servidor público tenía que «seguir exactamente las recomendaciones» que las autoridades públicas le hicieran, cuando era claro que ellas no eran actos administrativos de forzoso cumplimiento y así se tornarían dichas autoridades en coadministradoras del ente territorial. En síntesis, señaló que en el presente caso no se acreditaba ni el dolo ni la negligencia o impericia, por el simple hecho de que otras autoridades no estuvieran de acuerdo con las decisiones de las autoridades del Distrito.

6.2.1.3.2 Consideraciones de la Sala.

La Sala debe precisar, por una parte, que los juicios sobre cada una de las categorías dogmáticas que conforman la estructura de la responsabilidad disciplinaria son diferentes. Así, mientras lo que caracteriza a la tipicidad es un juicio de adecuación, en sede la ilicitud del comportamiento el funcionario debe valorar porque la conducta, además de ser típica, se estima sustancialmente ilícita.

De esa manera y para mostrar un desacuerdo con la ilicitud disciplinaria, la cita de la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional no es aplicable, pues esta únicamente se refiere a la forma en como se debe hacer la adecuación típica, en la cual, para los efectos del comportamiento descrito en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, se debe mostrar cuáles son las reglas que se incumplieron, las que desarrollan los principios de la contratación estatal, aspecto que fue respondido en el numeral anterior. Así mismo, en forma precedente se explicaron las razones por las cuales la decisión del señor alcalde mayor conllevó a que el director de la UAESP y los gerentes de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá hubiesen suscrito dos convenios interadministrativos contrarios al ordenamiento jurídico.

Por la otra y en cuanto al ingrediente subjetivo de la falta atribuida, la Sala estima equivocado afirmar que sea un error que las distintas advertencias y comunicaciones que le fueron remitidas al señor alcalde mayor de Bogotá hayan sido utilizadas para probar el dolo de la conducta cometida. Al respecto, la Sala se pregunta lo siguiente: ¿de qué otra manera se puede probar el conocimiento y la representación de la ilicitud de la conducta del disciplinado,

cuando varias entidades le pusieron de presente al señor alcalde mayor de Bogotá sobrados elementos de juicio para considerar que la asignación de la prestación del servicio de aseo a un operador público sin experiencia y capacidad podía infringir el ordenamiento jurídico? La respuesta no es otra que esas varias comunicaciones, pues, además de que era lógico y palpable que la EAAB jamás había prestado el servicio de aseo, esa obviedad fue advertida al señor alcalde mayor en varias oportunidades.

Por esta razón y en cuanto al oficio n.° 2-2012-49193 del 12 de octubre de 2012, suscrito por el doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y enviado a la Superintendencia de Servicios Públicos, es que la Sala afirmó que «le llamaba poderosamente la atención», pues no es posible que a pesar que el disciplinado sabía a lo que estaba exponiendo a la ciudad de Bogotá haya persistido y hubiese llevado a cabo su decisión para que las empresas del Distrito asumieran el manejo y la operación del servicio de aseo en la ciudad capital, sin la más mínima experiencia y capacidad, y con todas las consecuencias que ello trajo, entre las que se destacan la crisis y la emergencia vivida durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, los considerables costos y desgastes administrativos y el riesgo actual de la pérdida de la flota de compactadores en manos del Distrito, poniéndose una vez más en juego la prestación del servicio de aseo.

Derivado de lo anterior, no es cierto, entonces, que se diga que las diferentes comunicaciones recibidas y conocidas por el señor alcalde mayor de Bogotá hayan sido simples «argumentaciones jurídicas e ideológicas que fueron remitidas a los funcionarios competentes para su evaluación», pues se trataba nada más y nada menos de los esfuerzos que varias entidades y autoridades públicas hicieron para que el señor alcalde mayor de Bogotá no tomara decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, las cuales le traerían varios perjuicios a la ciudad, como en efecto y lastimosamente ocurrió.

Si lo anterior es cierto, resulta apenas entendible la improcedencia de la apreciación del señor abogado defensor en cuanto a que las advertencias de las diferentes entidades «no eran acertadas», según lo cual dichas autoridades «no tenían un conocimiento claro de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, de los principios de la economía social de mercado establecidos en la Constitución Política (Art. 333 y 334 C. P.) y del esquema transitorio para la prestación del servicio de aseo propuesto».

Al respecto, simplemente basta responder que los hechos posteriores a esas advertencias y las pruebas obrantes en el proceso desvirtúan por completo que la posición de dichas entidades no haya sido «acertada», pues irremediablemente los inconvenientes y dificultades que premonitoriamente estaban detrás de cada advertencia ocurrieron, e infortunadamente se siguen presentando, al punto de que la nueva flota de compactadores está en

posibilidad de perderse ante la evidente e irrebatible falta de experiencia del operador público.

Por ello, sí está demostrado el dolo de la conducta del disciplinado y si bien no se tenía que «seguir exactamente las recomendaciones», tampoco significaba que se tuviera que hacer «exactamente» lo contrario, máxime cuando ello era asignar la prestación del servicio a un operador sin ningún tipo de experiencia y capacidad poniendo en riesgo la prestación de tan importante servicio.

6.2.1.4 Consideraciones sobre la supuesta irregularidad del contrato interadministrativo n.° 17 de 11 de octubre de 2012 y la capacidad de la EAAB para su cumplimiento.

6.2.1.4.1 Argumentos de la defensa.

Como un argumento nuevo de defensa y luego de citar apartes del contrato interadministrativo n.° 17 de octubre 11 de 2012, el señor defensor sostuvo que este contrato era el resultado de la colaboración armónica del Distrito, la UAESP y la EAAB en el «cumplimiento del fin estatal de garantizar la prestación del servicio de aseo y el acatamiento de las decisiones de la Corte Constitucional». Para corroborar esto último, también citó algunos extractos de la sentencia T-724 de 2003 y el auto 275 del 2011, de la Corte Constitucional, y efectuó el recuento de la presentación del plan de inclusión a la población recicladora durante el año 2012 a esta alta corporación.

Derivado de lo anterior, expuso que la CRA había reiterado que con la regulación tarifaria contenida en la Resolución CRA 351 de 2005 se podía remunerar a la población recicladora. Sin embargo, aclaró que la realidad era que dicha norma no contemplaba todos los ítems que debían ser tenidos en cuenta para su remuneración, como son los costos de transporte y disposición final. Por ello, explicó que «actualmente, se encontraba en proyecto la nueva resolución de regulación tarifaria, cuyo proyecto fue introducido por la Resolución CRA 643 de 2013, en la cual, a diferencia de la Resolución CRA 351 de 2005, si contemplaba todos los elementos necesarios para una adecuada remuneración de la población recicladora.»

Por otra parte y luego de transcribir el contenido del artículo 30 del Acuerdo 489 de 2012 (Plan de Desarrollo de Bogotá Humana), señaló que para el mes de junio de 2012 la administración distrital encontró que, por causas ajenas a su voluntad y gestión, no era posible iniciar un nuevo proceso de licitación pública de la prestación del servicio de aseo bajo el sistema de las áreas de servicio exclusivo y, por tanto, atendiendo principios de eficiencia, eficacia, transparencia, colaboración y con el fin de garantizar la prestación del servicio de aseo, como es su deber funcional, debió adoptar las medidas legales

necesarias para tal fin. En relación con esto explicó que «con la celebración del contrato interadministrativo n.° 17 de 2012 en ningún momento se intentó eludir el proceso de licitación pública, pues esta no podía realizarse aún y, además, este contrato, como claramente se indica en los estudios previos y en su contenido se celebró con un plazo de tiempo determinado y con el fin garantizar la prestación del servicio de aseo, en forma transitoria, mientras se surtían todos los trámites previos necesarios para la licitación pública con inclusión de áreas de servicio exclusivo.»

Posteriormente, resaltó que la UAESP había elaborado los estudios previos correspondientes, con fundamento en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012, los cuales, como de hecho lo reconocía la Procuraduría, «reunían los requisitos de la norma». En este apartado explicó que tanto en los estudios previos como en el acto administrativo de justificación expedido por la UAESP se efectuaron los análisis jurídicos, técnicos y financieros correspondientes para garantizar la legalidad de la contratación, la cual, conforme a dichos documentos, se sustentaba en el literal c) del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, cuyo inciso 1 fue modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala lo siguiente:

> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.
>
> Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En tal forma, a partir de esta cita, comentó que la EAAB era una entidad estatal cuyo objeto tenía relación directa con las obligaciones pactadas en el contrato interadministrativo n.° 17 de 2012. Para ello, efectuó un recuento de las normas de los Acuerdos 6 de 1995, 257 de 2006 y 10 de 2011 para insistir en que el objeto del convenio 017 del 11 de octubre de 2012 tenía relación directa con el objeto de la EAAB, y que además era una empresa de servicios que contaba con una amplia experiencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, con experiencia y conocimiento en la operación y organización de servicios

públicos domiciliarios de saneamiento básico dentro del cual se encontraba la actividad de aseo.

A su vez, resaltó que el eje de disconformidad de la Procuraduría con los estudios previos era que la EAAB carecía de la capacidad y experiencia para la prestación del servicio de aseo, con lo cual consideraba demostrada la insuficiencia de dichos documentos. Para desvirtuar esa apreciación transcribió y resaltó apartes del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, respecto de lo cual concluyó que ni el Estatuto General de Contratación ni las normas que lo habían modificado o complementado ni las reglamentarias establecían «las reglas precisas y específicas de qué experiencia, capacidad financiera y de organización se debe exigir al futuro contratista y, por el contrario, le otorga discrecionalidad a la entidad contratante para determinar dichos elementos sobre la base de ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor».

En tal línea, agregó que no había duda de que la EAAB tenía la capacidad jurídica y financiera para la celebración del contrato interadministrativo 17 de 2012. Tampoco estuvo de acuerdo con la valoración de la Procuraduría en cuanto a la falta de experiencia, por el hecho de que la modificación del objeto social de la EAAB ocurrió poco tiempo antes de la celebración del contrato interadministrativo. Para ello, dijo que la Procuraduría desestimó íntegramente el contenido del documento denominado «ANÁLISIS JURÍDICO, TÉCNICO y FINANCIERO PARA LA GESTIÓN Y OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO EN BOGOTÁ D. C.; A CARGO DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ», del cual transcribió varios apartes. Así mismo, recalcó que «la capacidad de organización» estaba conformada por la organización operacional y la organización técnica, la cual se verificaba, por una parte, con la facturación, y de otra con el personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo vinculados mediante relación contractual. De esa manera, afirmó que «no son los equipos (compactadores), como lo entiende la Procuraduría, lo que determina la capacidad de organización del contratista.

Relacionado con algunos aspectos referidos anteriormente, el señor defensor explicó que los estudios previos elaborados por la UAESP, entidad que tienen en el Distrito la competencia para garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de aseo, evaluaron las diferentes alternativas para garantizar la prestación del servicio, dentro de las cuales se contemplaron las siguientes:

1. La prestación directa por el municipio en los términos del artículo 367 de la C. P

2. Conceder el servicio con inclusión de áreas de servicio exclusivo (Art. 40 Ley 142 de 1994).

3. La prestación del servicio por cualquier operador con libertad de entrada.

4. La prestación del servicio a través de un operador público (Art. 369 de la C. P., Art. 15 y parágrafo 10 del art. 31 de la Ley 142 de 1994), sin perjuicio de la libre concurrencia.

Al respecto aclaró que si bien la normatividad, en principio, contemplaba la libertad de entrada en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, «no era menos cierto que el constituyente y el legislador también consideraron previsible que ella no fuera posible», lo cual se desprendía de los artículos 365 a 370 de la Constitución Política y de la Ley 142 de 1994. Agregó que en el ordenamiento jurídico se previó que era posible que la libre competencia no se diera en la prestación de un servicio público, sea porque no hubiese interesados en prestarlos o porque no se garantizara la cobertura del servicio a las personas de menores ingresos (Art. 40 L. 142/94), entre otras razones.

En tal orden, el señor defensor llamó la atención en que «para el mes de diciembre de 2012 no era, ni es posible, en la práctica que en la ciudad de Bogotá se desarrollara la prestación del servicio de aseo en un modelo de libertad de entrada». Para argumentar esta idea, refirió las siguientes explicaciones:

1. El Distrito, para efectos de la licitación Pública n.° 01 de 2011, solicitó y obtuvo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) la verificación de los motivos para la inclusión de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), a través de la Resolución CRA 541 de 2011. Así, luego de citar algunos apartes de dicha Resolución, manifestó que con la información y soportes aportados por la UAESP se mostraba, con hechos y datos reales, que, en razón a la forma en que está configurada la ciudad, al alto porcentaje de personas de menores ingresos (estratos 1, 2 y 3), se ubicaban en zonas que no siempre eran de fácil acceso y que ello generaba costos altos en su prestación, por lo que se concluía que con la libre competencia no se garantizaba la cobertura a la población de menores ingresos. Por ello afirmó que un modelo de libre competencia no garantizaba la cobertura a la población de menores ingresos y que por esa razón los operadores privados de aseo que han asumido la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá, en estricto sentido, no han actuado nunca en un modelo de libre concurrencia, pues hasta el año 2011 estaban sometidos a contratos de concesión con áreas de servicio exclusivo y que el objeto de cada uno de ellos se circunscribió al área que ya venían ocupando.

2. Que los equipos destinados para la prestación de servicios fueron adquiridos en virtud de los contratos de concesión y gracias a las tarifas pagadas por los usuarios. Por ello y una vez efectuó algunas citas de la Ley 80 de 1993 y extractos de algunas sentencias, sostuvo que la reversión era uno de los elementos esenciales del contrato de concesión y, en consecuencia, los vehículos destinados para la prestación del servicio, la base de datos, los contratos de condiciones uniformes y los programas de software utilizados para el manejo de base de datos eran de propiedad del Distrito. En dicho sentido, aseveró que era deber del operador privado entregarle al Distrito todos los bienes relacionados con el servicio en buen estado de funcionamiento, para que la administración pudiera garantizar la continuidad en la prestación del servicio de aseo, conducta que no asumieron los operadores privados, con lo cual se produjo una ruptura en la prestación del servicio, lo cual era imputable solo a aquellos.

3. Como hecho para reforzar la idea anterior, se trajo a colación lo expuesto en la providencia del 22 de marzo de 2012 del Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad – Sección Segunda. En consecuencia, afirmó que los operadores privados CIUDAD LIMPIA, ASEO CAPITAL, LIME y ATESA solo podían hacer uso de los vehículos de propiedad del Distrito hasta el día 17 de diciembre de 2012, «pues hasta esa fecha tenía derecho a ello en virtud de los contratos de concesión suscritos, pero, luego de esa fecha, al no existir ningún vínculo contractual, lo único procedente era efectuar su reversión al Distrito. Así, seguidamente añadió que los operadores privados para el 18 de diciembre de 2012 no tenían la capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo, pues no tenían los contratos ni los equipos necesarios para prestar el servicio de aseo no podían hacer uso de ellos. Igualmente se dijo que la Procuraduría, al analizarse la versión libre, dejó entrever que no había claridad sobre la aplicabilidad de la cláusula de reversión y que insistió repetidamente en que eran los operadores privados los que tenían la capacidad de prestar el servicio, ya que sí tenían los equipos para ello. En consecuencia, sostuvo que dichas apreciaciones estaban en contra de las normas de la Ley 80 de 1993 y a lo establecido en las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado anteriormente citadas.

4. Otro argumento derivado de todo lo anterior consistió en que si los operadores privados eran los llamados a prestar el servicio de aseo a partir del 18 de diciembre de 2012 —como parecía entenderlo la Procuraduría—, ello no podía ocurrir en la práctica, en la medida en que los operadores privados no contaban con los contratos de condiciones uniformes y que «si hubieran utilizado los equipos de propiedad del Distrito, no le quedaba otro camino al señor alcalde mayor de Bogotá que colocar las denuncias penales correspondientes en contra de los operadores privados y pedir el concurso de las autoridades competentes para la protección de los bienes públicos y para no

incurrir él mismo, ahí sí, en conductas configurativas de disciplinaria, fiscal e incluso penal, pues permitir el uso de bienes del Estado en provecho de terceros configura el delito de peculado por uso consagrado en el artículo 398 del Código Penal (...).». Por eso enseguida afirmó que la EAAB sí «contaba con los equipos que debían ser revertidos por los operadores privados y, adicionalmente, inició procesos de adquisición de nueva flota», conducta que la Procuraduría consideró irregular.

6.2.1.4.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, para la Sala no es de recibo el argumento de que el «contrato interadministrativo n.° 17 de octubre 11 de 2012» fue el resultado de la colaboración armónica del Distrito, la UAESP y la EAAB en el «cumplimiento del fin estatal de garantizar la prestación del servicio de aseo y el acatamiento de las decisiones de la Corte Constitucional», pues, por un lado, la citada «colaboración armónica» no desdibuja el hecho de que la decisión, consistente en que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo, siempre estuvo en el dominio del señor alcalde mayor de Bogotá. Así lo evidencian varias circunstancias, entre ellas su condición de miembro y presidente de la Junta Directiva de la EAAB, las reuniones llevadas a cabo en el despacho del señor alcalde mayor, con su presencia y dirección, y especialmente que este asumió como suya, en varios actos públicos y oficiales, la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo.

Por el otro, tampoco puede aceptarse la supuesta causal de justificación en el sentido de que las decisiones adoptadas se hicieron para garantizar los derechos de la población recicladora, pues debe insistirse en que el cumplimiento de estas medidas no dependían de la adopción de uno u otro esquema, que la puesta en marcha de varias acciones afirmativas eran de carácter progresivo y que la inclusión de las personas dedicadas a la actividad del reciclaje no es excluyente, ni siquiera con la aplicación del régimen de libertad de empresa, en la forma que lo explicó el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS.

En segundo lugar y en cuanto la regulación tarifaria contenida en la Resolución CRA 351 de 2005, obsérvese que es cierto, como lo da a entender el señor abogado defensor, que sí era posible la remuneración a la población recicladora. Sin embargo, otro asunto es que en este apartado el profesional afirme que dicha Resolución no contemplaba todos los ítems que debían ser tenidos en cuenta para su remuneración, como son los costos de transporte y disposición final. Es decir, se acepta, tácitamente, que sí era posible remunerar parte de la actividad del aprovechamiento y reciclaje.

Pero mírese cómo otra parte de la explicación de la defensa sirve para corroborar todo lo que se ha dicho en cuanto a que la implementación del nuevo modelo transitorio de aseo no era una condición indispensable para incluir a la población recicladora, como lo quieren hacer valer los sujetos procesales. Se trata de que actualmente se encuentra en proyecto «la nueva resolución de regulación tarifaria», cuyo proyecto fue introducido por la Resolución CRA 643 de «2013». Obsérvese bien: 2013. Es decir, hasta este año que transcurre se están efectuando los proyectos para poder remunerar de manera completa a la población recicladora.

Así las cosas, se pregunta la Sala lo siguiente: ¿qué relación puede tener la implementación del nuevo modelo de aseo adoptado por el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 con el cumplimiento de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora, si para efectos de remunerar la actividad de aprovechamiento se necesitaba una regulación proferida por la CRA y ella apenas se está ajustando en el año 2013?

La respuesta confirma lo que se ha dicho a lo largo de la presente decisión, pues una cosa son las acciones afirmativas en favor de la población recicladora y otra diferente es el modelo de prestación del servicio de aseo, sin perjuicio de que por algunas razones ambas situaciones puedan tener un punto de encuentro, pero conforme a lo señalado en la ley de servicios públicos; es decir, o con la implementación de Áreas de Servicio Exclusivo o conforme al régimen de libertad de empresa, modalidad que por vía de ejemplo tiene la ciudad de Bucaramanga, tal y como lo explicó el testigo SAMUEL PRADA COBOS.

En tercer lugar, es cierto que la administración distrital encontró para el mes de junio de 2012 que no era posible iniciar un nuevo proceso de licitación pública de la prestación del servicio de aseo bajo el sistema de las áreas de servicio exclusivo. Pero esto en manera alguna autorizaba a que se implementara un modelo por fuera del ordenamiento jurídico y, además, asignándose la responsabilidad y el manejo de la prestación del servicio a un ente distrital carente de la más mínima experiencia e idoneidad para haber asumido semejante responsabilidad.

En este punto, la Sala se pregunta lo siguiente: ¿qué hubiese pasado si en la ciudad de Bogotá no hubiese existido la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y de todas maneras la Corte Constitucional hubiese ordenado el cumplimiento de acciones afirmativas? ¿La conclusión sería, en esa hipótesis, que las acciones afirmativas no se hubieren podido cumplir? La Sala responde que en manera alguna, porque realmente la existencia de un operador público no condiciona —y no puede condicionar— las acciones afirmativas que las autoridades deben cumplir en favor de las personas que se dedican a las actividades de aprovechamiento y reciclaje.

En cuarto lugar, es cierto que la UAESP elaboró los estudios previos de manera «formal», más no en unas condiciones que garantizaran el cumplimiento sustancial y real de las condiciones que debe tener un ente que pretenda asumir la prestación del servicio de aseo en una ciudad como la capital de la República. Ahora bien, la Sala indicó todas las razones por las cuales los estudios adolecían de evidentes fallas en su elaboración. Pero, al margen de lo que se ha dicho, la razón es sencilla: la EAAB no tenía experiencia y capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo, porque, además de las pruebas obrantes en el proceso, los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 así lo confirman y eso compagina perfectamente con las advertencias que varias entidades le pusieron de presente al señor alcalde mayor de Bogotá.

Sobre este aspecto, el señor defensor destacó el literal c) del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, cuyo inciso 1 fue modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala lo siguiente:

> Contratos interadministrativos, **siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora** señalado en la ley o en sus reglamentos.
>
> Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.
>
> (Negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, era evidente que la experiencia de la EAAB era en el manejo del servicio de acueducto y alcantarillado, más no en la prestación del servicio público de aseo, como quedó inobjetablemente evidenciado al comienzo del nuevo modelo transitorio creado por el señor alcalde mayor de Bogotá. Ahora bien, la Sala observa que es infructuoso tratar de demostrar por la vía de la analogía que la EAAB sí era competente y capaz para prestar el servicio público de aseo, porque, además de que los hechos presentados en el mes de diciembre de 2012 lo descartan por completo, al final de cuentas, quien asumió las operaciones del servicio fue la empresa Aguas de Bogotá, filial de la primera, sobre la cual hay que decirse que tampoco tenía la capacidad,

experiencia y, por si fuera poco, con unos problemas bastante considerables en su parte financiera.

Muy relacionado con este preciso asunto, el señor abogado defensor expuso que «ni el Estatuto General de Contratación ni las normas que lo habían modificado o complementado ni las reglamentarias establecían las reglas precisas y específicas de qué experiencia, capacidad financiera y de organización se debe exigir al futuro contratista y, por el contrario, le otorga discrecionalidad a la entidad contratante para determinar dichos elementos sobre la base de ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor».

Al respecto, la Sala debe poner de presente el total desacuerdo con esta apreciación, pues cuando el ordenamiento jurídico establece las reglas que garantizan el principio de selección objetiva de él se debe entender que la celebración de un contrato estatal tiene que suponer unas condiciones mínimas para garantizar que las obligaciones del contrato a celebrar se puedan cumplir correctamente. Ahora bien, una interpretación como la expuesta por el señor abogado defensor es equipar incorrectamente los conceptos de ley y derecho, como si este último fuera lo que únicamente dijesen las normas. Para ello, sin duda alguna se debe acudir a otras fuentes, como la doctrina y la jurisprudencia y, en todo caso, a la aplicación de principios y su correcta y adecuada ponderación.

De esa forma, obsérvese que esto que se acaba de decir coincide de algún modo con la última parte expuesta por el señor defensor, al referir que se deben aplicar criterios «proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor».

Sin embargo, el mismo argumento ofrecido por la defensa pone en evidencia la enorme irregularidad en la celebración de los dos contratos interadministrativos, pues, nada más ni nada menos, a través de ellos se estableció el manejo y la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá. En tal sentido, no pueden encontrarse otros criterios, «proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor», más considerables que los relacionados con el presente asunto, por lo cual es totalmente inaceptable esgrimir que la administración gozaba de una supuesta «discrecionalidad» para asignar la prestación del servicio de aseo de la ciudad de Bogotá a un operador público inidóneo y sin la más mínima experiencia.

Por otra parte, el señor defensor también refirió que «la capacidad de organización» estaba conformada por la organización operacional y la organización técnica, la cual se verificaba, por una parte, con la facturación, y de otra con el personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo vinculados mediante relación contractual, por lo que de

esa manera afirmó que no eran los equipos (compactadores), como lo entendía la Procuraduría, lo que determinaba la capacidad de organización del contratista.

Al respecto, la Sala disiente de dicha apreciación, porque ella tiende a minimizar la gran falencia del nuevo operador público por no haber tenido disponibles los vehículos compactadores para la correcta prestación del servicio. Incluso, esta tesis está en contravía de las mismas conclusiones expuestas en el documento elaborado por el señor JULIO CÉSAR PULIDO, funcionario de la Secretaría Distrital de Ambiente, en donde se determinó que gran parte de la causa de los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 había obedecido a las fallas logísticas del nuevo operador público, en clara correspondencia con la falta de vehículos compactadores.

Pero, en gracia a la discusión, ya que el señor defensor también destacó que «la capacidad de organización» estaba compuesta por, entre otros, el personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo vinculados mediante relación contractual, es necesario recordar lo dijo el señor DARÍO ARTURO BELTRÁN en su respectiva diligencia de declaración:

> «(…) **Nadie de su personal** (en la EAAB) **tenía experiencia en la prestación del servicio de aseo. No tenían una sola persona que conociera técnicamente** la planeación, el diseño de rutas, **la asignación de equipos,** la modelación de personal, el establecimiento de horarios y de frecuencias. **De todo el personal que nosotros conocimos, no había nadie con esa experiencia. Por una razón: porque nunca lo habían hecho.**»[146]
>
> (…)
>
> En teoría, **el problema en la prestación del servicio de aseo no es solo tener los equipos; hay que contar con un personal, un programa de operaciones, un plan de operaciones.** Ellos (Aguas de Bogotá) no tenían, a mi juicio, ni los equipos ni lo otro. El haber tenido los equipos hubiera hecho un poco menos traumático, a mi juicio, por supuesto, la prestación del servicio (…) No tenían los camiones; indudablemente, si los hubieran tenido, era menos traumática la implementación de la prestación del servicio.[147]

Así mismo, la afirmación del señor abogado defensor sobre la idoneidad de personal administrativo, tecnólogo y operativo del operador público se ve seriamente cuestionada cuando, según los informes de interventoría del contrato de comodato en virtud del cual la EAAB le entregó la nueva flota a

[146] Confróntese con los minutos 16 y siguientes de la declaración del señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[147] Ibídem. Minuto 29 de la declaración.

Aguas de Bogotá, los vehículos adquiridos están en alto riesgo de perderse, pues se evidenció que a varios vehículos no se les hizo los respectivos mantenimientos preventivos, aspecto que para un personal experimentado es apenas obvio, y que existen numerosas fallas mecánicas producto de falta de buenas prácticas de operación.

En tal sentido y al igual que en una respuesta dada a un argumento del disciplinado, ni con este parámetro se puede defender la tesis de que la EAAB tenía la capacidad y experiencia requeridas para la prestación del servicio. Con todo, debe insistirse, una vez más, en que los hechos ocurridos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá demuestran que ninguna de las entidades del Distrito estaba preparada para asumir la prestación del servicio público de aseo. Por ello, fue necesario nuevamente que se contratara a los operadores privados, como única manera de resolver la crisis y emergencia que se produjo por la decisión del señor alcalde mayor.

En quinto lugar, el señor defensor destacó las diferentes alternativas para garantizar la prestación del servicio, entre ellas las siguientes:

1. La prestación directa por el municipio en los términos del artículo 367 de la C. P

2. Conceder el servicio con inclusión de áreas de servicio exclusivo (Art. 40 Ley 142 de 1994).

3. La prestación del servicio por cualquier operador con libertad de entrada.

4. La prestación del servicio a través de un operador público (Art. 369 de la C. P., Art. 15 y parágrafo 10 del art. 31 de la Ley 142 de 1994), sin perjuicio de la libre concurrencia.

Así las cosas, obsérvese que el anterior listado de posibilidades compagina con el respeto del principio de libertad de empresa y que la única forma excepcional de que dicho principio no se aplique es en los dos eventos explicados por la defensa: o bien cuando no hay interesados en prestar el servicio o cuando no se pueda garantizar la cobertura del servicio a las personas de menores ingresos, posibilidad esta última en la cual se deben implementar las Áreas de Servicio Exclusivo. En tal forma y en el caso de la ciudad de Bogotá, no se presentaba ninguna de estas dos posibilidades, pues, por un lado, sí había operadores privados interesados en prestar el servicio y, por el otro, hasta ahora estaban en curso los respectivos trámites para la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo.

Ahora bien, el señor defensor expuso algunas razones por las cuales no era posible que en el mes de diciembre de 2012 se desarrollara la prestación del servicio de aseo en un modelo de libertad de entrada. Para ello, la Sala responde con dos preguntas: ¿cómo se prestó el servicio público de aseo durante la parte final del año 2011 y casi todo el año 2012, antes de que el señor alcalde mayor de Bogotá decidiera adoptar un modelo transitorio no contemplado en la ley? Así mismo, ¿en qué incidió en que el Distrito volviera a contratar a operadores privados momentos después de la grave crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá? Las respuestas llegan a un punto de encuentro común que demuestran que sí se podía continuar garantizando el principio de libertad de empresa y sin poner en riesgo la prestación del servicio de aseo, lo cual ratifica la irregularidad de las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá: no era necesario asignar la prestación del servicio de aseo de la ciudad de Bogotá a unas empresas públicas sin experiencia y capacidad, como tampoco crear un modelo no contemplado por fuera de la ley.

En sexto y último lugar, el señor defensor también insistió en que los equipos destinados para la prestación de servicios fueron adquiridos en virtud de los contratos de concesión y gracias a las tarifas pagadas por los usuarios, por lo que era deber del operador privado entregarle al Distrito todos los bienes relacionados con el servicio en buen estado de funcionamiento, para que la administración pudiera garantizar la continuidad en la prestación del servicio de aseo, conducta que no asumieron los operadores privados, con lo cual se produjo una ruptura en la prestación del servicio, lo cual era imputable solo a aquellos.

Sin embargo, la Sala ha explicado que este argumento tampoco puede ser de recibo, pues la procedencia o improcedencia de la reversión de los vehículos compactadores es un tema que ni siquiera, a la fecha de la presente decisión, ha sido resuelto.

Por lo tanto, debe recordarse que esta situación no explica la incapacidad del operador público para haber asumido la prestación del servicio de aseo, por la sencilla razón que tal aspecto debió estar resuelto antes de tomarse la decisión de que las empresas públicas lo hicieran, ya que la eficiencia y la correcta prestación del servicio de aseo no podía quedar condicionada a la eventualidad de que los operadores privados aceptaran la posición de la administración distrital o que un juez reconociera tal derecho para la ciudad.

De similar modo, las evidencias obrantes en el proceso han demostrado que el tema de la reversión de los vehículos compactadores, antes de la suscripción de los contratos interadministrativos, no fue el aspecto central de la discusión, como ahora lo pretenden hacer valer los sujetos procesales. La prueba de ello es que en los mismos estudios previos a los contratos interadministrativos se dejó como un riesgo de la contratación no contar con los vehículos

compactadores; así mismo, para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, la EAAB se preocupó más por iniciar los trámites contractuales para adquirir una nueva flota compactadora, la cual, por obvias razones, era imposible que estuviera lista para el día 18 de diciembre de 2012; así mismo, fueron varios trámites contractuales que se hicieron por parte de la empresa Aguas de Bogotá en el mes de diciembre de 2012 para adquirir vehículos compactadores usados por la vía del alquiler, pero estos tampoco estuvieron dispuestos para la iniciación del nuevo modelo; de la misma manera, la expedición del Decreto 570 de 2012 es prueba de que la administración advertía que no podía contar con la flota de vehículos para la prestación del servicio.

En tal forma, está acreditado que la administración distrital, en cabeza de su alcalde mayor, contó con que por otras vías o por otros medios, todos ellos distintos a la reversión, podía iniciar la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá. Por ello, se ha dicho que tal situación se debe a una razón eminentemente lógica: así como puede tener razón el señor alcalde mayor de Bogotá de que los vehículos compactadores son de propiedad del Distrito por la cláusula de reversión, es perfectamente posible que, por el contrario, la tengan los operadores privados, cuestión problemática que escapa al presente asunto y que tendrá que ser definida por el juez correspondiente.

En uno u otro caso, lo cierto es que al momento de la suscripción de los acuerdos de voluntades de las entidades del Distrito, ninguna de ellas tenían la experiencia y capacidad suficientes para asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, por lo que no puede ser de recibo que de manera posterior se trate de justificar una insolvencia técnica y operativa, endosándole la responsabilidad a los operadores privados porque hicieron o dejaron de hacer algo, y más cuando ese «algo» ocurrió mucho tiempo después de que el señor alcalde mayor de Bogotá ya había tomado la decisión de que las entidades públicas asumieran la prestación del servicio público de aseo.

Relacionado con este aspecto, el señor defensor complementó sus razones afirmando que los operadores privados solo podían hacer uso de los vehículos de propiedad del Distrito hasta el día 17 de diciembre de 2012, en la medida en que «hasta esa fecha tenían derecho a ello en virtud de los contratos de concesión suscritos». Así mismo, que los operadores privados para el 18 de diciembre de 2012 no tenían la capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo, pues no tenían los contratos ni los equipos necesarios para prestar el servicio de aseo no podían hacer uso de ellos.

Frente a ello, la Sala considera que dicha apreciación es totalmente equivocada, pues si lo anterior fuera cierto, ¿cómo se explica que la UAESP, para el 17 de diciembre de 2012, haya firmado una urgencia manifiesta para contratar nuevamente a los operadores privados y que en días posteriores a la

crisis efectivamente se hayan celebrado varios contratos para superarla? Así las cosas, el argumento de que para el 18 de diciembre de 2012 los operadores privados no tenían la capacidad para prestar el servicio se cae de su peso, porque efectivamente la UAESP volvió a contratar a los operadores privados y fue ello lo que precisamente hizo superar la crisis que se presentó durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Si esa contratación no se hubiese hecho, la prestación del servicio de aseo se hubiese continuado en vehículos volquetas, situación autorizada por el señor alcalde y prolongada hasta tanto los vehículos compactadores usados y alquilados fueran llegando, ya que las entidades del Distrito para el año 2012 y buena parte del primer semestre del año 2013 no contaba con ellos.

Por estas mismas razones, resulta ilógico y carente de sentido decir que «si los operadores privados hubieran utilizado los equipos de propiedad del Distrito, el camino del señor alcalde mayor de Bogotá era colocar las denuncias penales por el delito de peculado por uso», pues lo cierto es que efectivamente los operadores privados siguieron usando dicha flota de compactadores, y además esa situación se dio porque el mismo Distrito volvió a contratar nuevamente con ellos.

En esa medida y con la explicación ofrecida por el señor defensor, tendría que concluirse, no solo que el señor alcalde mayor de Bogotá «permitió que los operadores privados incurrieran en el delito de peculado por uso», sino que todos los funcionarios de la administración distrital, incluido el alcalde mayor, serían coautores o partícipes de dicho punible, al haber propiciado dicha conducta con las nuevas contrataciones, conclusión a todas luces desacertada.

6.2.1.5 Consideraciones sobre la supuesta irregularidad del contrato interadministrativo n.° 809 del 4 de diciembre de 2012, suscrito entre la EAAB y Aguas de Bogotá S. A. E. S. P.

6.2.1.5.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor resaltó que el señor alcalde mayor en ningún momento dio orden a la EAAB y a Aguas Bogotá S.A. E. S. P. de violar o quebrantar el ordenamiento jurídico, ni solicitó o requirió a ningún funcionario de llevar a cabo actuaciones por fuera de la ley y que de ello no había prueba en el expediente. Reiteró que las funciones del Alcalde Mayor como miembro de la Junta Directiva de la EAAB son las enlistadas en el artículo 10 del Acuerdo 11 de 2010 y, ni en este acuerdo, ni en el Manual de Contratación, se consigan su participación o intervención en los procesos de contratación de la EAAB.

Agregó que la Procuraduría asumió que la previsión contenida en el contrato

interadministrativo n.° 17 de 2012, en cuanto a que la EAAB podía celebrar subcontratos y, en general, de contar con el apoyo de una filial suya para la prestación del servicio de aseo, era irregular y mostraba la falta de capacidad de dicha entidad para prestar el servicio de aseo. No obstante explicó que el ente de control no tuvo en cuenta que entre la EAAB y sus filiales también opera el principio de coordinación y colaboración armónica entre entidades públicas consagrado en el inciso 2.° del artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 6 de la Ley 489 de 1998, aunado al hecho de que la subcontratación es un medio de gestión de un contrato para garantizar su cumplimiento, pero en modo alguno transfiere la responsabilidad del contratista, quien sigue siendo frente a la contratante, valga la redundancia, el responsable.

Por otra parte, manifestó que la Procuraduría no tuvo en cuenta que la EAAB y Aguas de Bogotá S. A. E. S. P. no someten su contratación al Estatuto General de Contratación y, por tanto, sus estudios previos no estaban sujetos a las reglas y condiciones de sus normas, para lo cual citó el artículo 17 de la Resolución 730 que establece lo siguiente:

> **ARTÍCULO 17. DEPENDENCIA INTERESADA EN EL INICIO DEL PROCESO DE SELECCIÓN.** La dependencia interesada en el inicio del proceso de selección proyectará los estudios previos con el fin de someter a consideración de la Dirección de Contratación y Compras, el proceso de contratación correspondiente, previa autorización del Gerente General o de su delegado.
>
> PARÁGRAFO PRIMERO. La dependencia interesada en el proceso, en cabeza de sus Gerentes Corporativos, del Secretario General o de los Gerentes y Directores de Área, será el responsable de: del contenido y justificación técnica y económica de los estudios previos; y de la elaboración, revisión y aprobación del presupuesto.
>
> El presupuesto, en todo caso, deberá ser aprobado por el Gerente Corporativo, el Gerente del Área o el Secretario General, quienes serán responsables por las inconsistencias del presupuesto y por el detrimento patrimonial que, dichas inconsistencias, puedan causarle a la EMPRESA.
>
> (Subrayado utilizado por el señor defensor).

En tal forma replicó que la dependencia competente de la EAAB elaboró los estudios previos con el contenido y la justificación técnica y económica respectiva, pero que la Procuraduría los consideró deficientes, sin justificación real alguna, como quiera que los evaluó sobre principios y reglas que no eran aplicables. Por ello, complementó que la celebración del contrato

interadministrativo n.° 809 de 2011 se hizo con cumplimiento de las normas del derecho privado y del Manual de Contratación.

Finalmente aseveró que los contratos celebrados por Aguas Bogotá para el alquiler de vehículos no eran irregulares y que, tanto la EAAB como Aguas Bogotá S.A. E.S.P., en su calidad de contratista y subcontratista, tenían autonomía para determinar las gestiones que requieren adelantar para cumplir debidamente con sus contratos. Además, reiteró que el señor alcalde mayor no participó ni intervino en esta contratación.

6.2.1.5.2 Consideraciones de la Sala.

Frente al primer cuestionamiento esbozado por la defensa, la Sala debe insistir en que sería difícil, por no decir imposible, que apareciera una prueba que demostrara que el señor alcalde mayor de Bogotá le haya dicho categórica y literalmente a determinado funcionario que «tenía que violar el ordenamiento jurídico». Sin embargo, debe reiterarse que en la estructuración de una irregularidad de índole disciplinaria, cuando esta consiste en una determinación hacia otro servidor público, no se necesita demostrar que en la directriz u orden se haya hecho una valoración sobre lo antijurídico de la conducta, pues así sería imposible acreditar cualquier irregularidad, ya que el argumento de exculpación sería siempre que jamás «se determinó a infringir el ordenamiento jurídico».

Al respecto, está demostrado que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio provino directamente del señor alcalde mayor de Bogotá, determinación adoptada en el segundo semestre del año 2012 y que se vino a concretar en la suscripción de los contratos interadministrativos celebrados entre la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. Dicha cuestión fáctica está ampliamente corroborada en el expediente, no solo porque el señor alcalde mayor de Bogotá asumió como suya, en diferentes actos públicos y oficiales, la decisión de que la prestación del servicio tenía que prestarse por parte de un operador público, sino porque la mayoría de los argumentos de exculpación parten de la premisa de que tal forma de proceder del disciplinado está justificada y que ella obedeció a múltiples motivos, entre ellos el cumplimiento de las órdenes de la Corte, incluir a la población recicladora y «descartelizar» un grupo de contratistas.

En segundo orden, la defensa esgrimió que la EAAB podía celebrar subcontratos y, en general, contar con el apoyo de una filial suya para la prestación del servicio de aseo, lo cual no era irregular y no mostraba la falta de capacidad de dicha entidad para prestar el servicio de aseo.

Sin embargo, tal argumento tampoco puede ser de recibo, pues está demostrado que no solo hubo una simple subcontratación entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, sino un traspaso de toda la responsabilidad operativa para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en la ciudad de Bogotá, en virtud de la suscripción del contrato interadministrativo 0809 de 2012.

Así, resulta totalmente irregular que en un primer momento se haya firmado el contrato interadministrativo 017 de 2012 entre la UAESP y la EAAB, lo que derivó en la apertura de la invitación 0804 de 2012 a cargo de la EAAB para adquirir los equipos con los que no contaba; luego, que se haya celebrado el contrato interadministrativo 0809 del 4 de diciembre de 2012 entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, para que esta última empresa asumiera la prestación del servicio; y que después se hayan suscrito los contratos de adquisición de maquinaria por parte de la EAAB para la prestación del servicio de aseo, responsabilidad otra vez a cargo de la EAAB.

Lo anterior se puede explicar de la siguiente manera:

1. Para el 11 de octubre de 2012, la idea del Distrito era que la EAAB asumiera la prestación del servicio, a partir del 18 de diciembre de 2012, en un cien por ciento de la ciudad.

2. Para el 31 de octubre de 2012, fecha de la apertura de la invitación que tenía como objeto adquirir la maquinaria mínima con la que no contaba la EAAB, continuaba la idea de que la EAAB asumiera la prestación del servicio, a partir del 18 de diciembre de 2012.

3. El 4 de diciembre de 2012, el Distrito cambia de decisión: no es la EAAB sino la empresa Aguas de Bogotá la que asumirá la prestación del servicio, a partir del 18 de diciembre de 2012, en virtud del contrato interadministrativo 0809 del 4 de diciembre de 2012.

4. No obstante, la EAAB suscribe los contratos 1-06-263000848 y 1-06-263000851 los días 14 y 17 de diciembre de 2012, cuyo objeto es la adquisición de maquinaria para «la prestación del servicio de aseo por parte de la EAAB»; es decir, según estos contratos pareciera que la idea de la Administración Distrital hubiese sido que ya no era Aguas de Bogotá la que prestaría el servicio público de aseo, sino nuevamente la EAAB, con dos situaciones adicionales que ponen en evidencia la absoluta incapacidad técnica y operativa de las entidades del Distrito: la primera, dichos contratos se celebraron a escasos días de la fecha del inicio de operaciones; y la segunda, la fecha de uno de esos contratos (17 de diciembre de 2012) coincide con la fecha en la que la UAESP declaró la urgencia manifiesta para que los operadores privados

> volvieran a prestar el servicio por la evidente incapacidad de las empresas del Distrito para que así lo hicieran, tal y como se demuestra con los hechos ocurridos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

Lo anterior, además de demostrar la absoluta improvisación de las entidades del Distrito, ratifica la falta de capacidad de las dos entidades. En un periodo de dos meses la administración distrital, en virtud de la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá, firmaba y adelantaba toda suerte de contratos, los cuales, en todo caso, fueron insuficientes para que el operador público asumiera la prestación del servicio. Obsérvese, a manera de ejemplo, cómo para el día 17 de diciembre de 2012 se dan tres situaciones en forma simultánea y totalmente diferentes: 1. Estaba vigente el contrato 0809 de 2012 y en teoría la empresa que estaba obligada a prestar el servicio público de aseo en el cien por ciento de la ciudad era Aguas de Bogotá; 2. El mismo 17 de diciembre de 2012, la EAAB suscribe dos contratos para adquirir la maquinaria como si esta empresa fuera la que también tuviera la obligación del prestar el servicio, en virtud de la invitación que se había publicado en días anteriores; y 3. Para la misma fecha, la UAESP declara la urgencia manifiesta para que operadores privados puedan prestar el servicio, situación que de todas maneras no evitó la crisis y emergencia que afrontó la ciudad durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

Por otra parte y continuando con el análisis de los argumentos presentados por el señor defensor, es cierto que desde el punto vista contractual y jurídico, en la cláusula 17 del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, celebrado entre la UAESP y la EAAB, se dejó abierta la posibilidad de que esta última pudiese contratar con empresas de servicios públicos de aseo la prestación del servicio **por actividades o zonas de la ciudad**. Pero, lo que no puede entender la Sala es que esta posibilidad de contratar **por actividades o zonas de la ciudad** se haya convertido en que todas y cada una de las obligaciones que había asumido la EAAB fueran asumidas por la empresa Aguas de Bogotá, tal y como se desprende de la cláusula primera del contrato interadministrativo n.° 1-07-10200-0809-2012 del 4 de diciembre de 2012.[148]

De este modo, es inexplicable que en un primer momento los estudios previos elaborados por la UAESP para la contratación apuntaran a que quien desarrollaría la labor de la prestación del servicio de aseo en Bogotá era la EAAB, «dada la **complejidad del servicio** y porque para la entidad esta empresa **reunía las condiciones técnicas, jurídicas, de conocimiento y financieras satisfactorias y favorables para el interés público»**, pero que posteriormente la EAAB trasladara tal responsabilidad a Aguas de Bogotá, con base en lo establecido en la cláusula 17 del contrato celebrado entre la UAESP y la EAAB.

[148] El Contrato 0809 de 2012 se encuentra en los folios 1 a 15 del anexo n.° 15 de la actuación.

La Sala comprende que el establecimiento de una cláusula como la 17 del contrato interadministrativo 017 de 2012 era que la EAAB podía «apoyarse» en otras empresas prestadoras del servicio público de aseo, por actividades o zonas de la ciudad. Pese a ello, se advierte que en el contrato suscrito entre la EAAB y Aguas de Bogotá no se describió o concretó una o varias actividades de los componentes del servicio de aseo que, bajo el apoyo requerido, debía ser desarrollada por el contratista, ni tampoco describió o precisó una o más zonas de la ciudad donde se prestaría el servicio por Aguas de Bogotá.

Contrario a ello, lo que se advierte es que a través del contrato interadministrativo n.° 1-07-10200-0809-2012 del 4 de diciembre de 2012 la EAAB trasladó toda la responsabilidad de la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a Aguas de Bogotá, lo cual ratifica la completa incapacidad de la EAAB para asumir la prestación del servicio de aseo.

De todo lo expuesto y frente a la tesis esbozada por los sujetos procesales y algunos declarantes, surge una pregunta ineludible: ¿si la EAAB tenía la experiencia y capacidad requerida, cuál era la razón o necesidad de que esta entidad trasladara toda la responsabilidad operativa a una empresa pública más reducida, descapitalizada y con evidentes problemas financieros?

La Sala debe recordar que uno de los fundamentos para la realización de la contratación entre la EAAB y Aguas de Bogotá fue la consideración n.° 36 del contrato n.° 1-07-10200-0809-2012, la cual dijo lo siguiente:

> Que el artículo 30 del Manual de Contratación de la EAAB ESP, adoptado mediante resolución No. 0730 del 16 de noviembre de 2012, establece como una de las modalidades de contratación directa, la siguiente: “Cuando la empresa incursione en otra área de negocios o asuma la prestación de otros servicios públicos domiciliarios, con el fin de garantizar la prestación del nuevo servicio o asumir la nueva línea de negocios, **se podrá acudir a la contratación directa para adquirir los bienes o los suministros o los servicios que le permitan la puesta en marcha del nuevo negocio.**
>
> (Negrilla fuera de texto)

En tal sentido, la Sala encuentra que una cosa es la contratación directa que se realiza para adquirir bienes, suministros o ciertos servicios que se requieran para afrontar los compromisos de un contrato a través del cual se afronta un reto para la prestación de un servicio que no es el fuerte de la empresa, y otra muy distinta es desprenderse de forma total de la labor encomendada, que en este caso fue la operación para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, quedándose solo con una labor de dirección y de vigilancia sobre el desarrollo de dicha operación.

Analizado lo anterior, no se entiende válidamente la razón de ser de dicha intermediación o tercerización, si desde un principio el contrato interadministrativo que suscribió la UAESP con la EAAB bien lo podía haber celebrado directamente con AGUAS DE BOGOTA, sin perjuicio de que era necesario establecer también que la empresa con la que se contratara tuviera la capacidad y experiencia suficientes para asumir la prestación del servicio público de aseo.

Por las anteriores razones, queda desvirtuado que la contratación entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá haya sido una simple aplicación del principio de coordinación y colaboración armónica entre entidades públicas, pues lo que sucedió en las entidades del Distrito durante el segundo semestre del año 2012 fue una muestra de la absoluta improvisación ocasionada por las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá en que las empresas del Distrito sin experiencia y capacidad asumieran la prestación del servicio de aseo.

En tercer orden, la Sala debe recordar que la EAAB es una empresa industrial y comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Así y de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, los contratos que celebre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. se regirán por el derecho privado y por las disposiciones que en materia de contratación expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, o por las normas especiales que, según el caso, los regulen expresamente.

Ahora bien, la EAAB, en su condición de entidad pública, está obligada a cumplir con los mandatos estatutarios y legales que le sean aplicables, incluyendo el Manual de Contratación de la entidad, adoptado mediante la Resolución n.° 730 del 16 de noviembre de 2012.[149]

En tal forma, este mismo Manual de Contratación adoptó como principios tanto los de la función pública, que están señalados en la Constitución Política de Colombia[150], como aquellos de la contratación administrativa, adoptados mediante las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[151]. En cuanto a los principios contractuales establecidos en la ley, el último considerando del Manual de Contratación dispuso lo siguiente:

---

[149] Manual de Contratación que obra en los folios 217 a 248 del anexo n.° 21 de la actuación.
[150] Ver el primer considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 217 del anexo n.° 21 de la actuación.
[151] Ver el último considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.

> **Que con el fin de garantizar la transparencia, economía,** moralidad, publicidad, igualdad, celeridad, eficacia, eficiencia **y la selección objetiva en los procesos contractuales que adelanta la EMPRESA,** es necesario adoptar un nuevo manual de contratación para la EMPRESA, **acorde con los desarrollos legales y jurisprudenciales pertinentes** y en consideración a las necesidades dinámicas de la contratación de la EMPRESA.[152]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, este Manual de Contratación fue el que dispuso que en desarrollo de la contratación que llevara a cabo la EAAB como mínimo se debía respetar, conforme «a los desarrollos legales y jurisprudenciales», los principios de transparencia, economía y selección objetiva.

Al respecto, obsérvese lo que establece el Manual de Contratación de manera muy específica en lo que tiene que ver con el principio de selección objetiva[153]:

> ARTÍCULO 21. TÉRMINOS DE REFERENCIA. **Los términos de referencia** para las invitaciones públicas **o para la contratación directa deberán ser completos y precisos, con el fin de garantizar la selección objetiva del contratista.** (…)
>
> (Negrillas fuera de texto).

En consecuencia, no es cierto que la EAAB no haya sometido su contratación al Estatuto General de Contratación, pues, contrario a lo sostenido por el señor defensor, así lo dispuso el último considerando del Manual de Contratación; una muestra de ello es que el artículo 21, al considerar los términos de referencia, adoptó el principio de selección objetiva.

Así las cosas, el artículo 17 del Manual de Contratación de la EAAB citado por el señor defensor debe leerse de manera integral y sistemática con los considerandos y con el artículo 21 de dicho manual.

Por otra parte, la Sala sí tiene demostradas las deficiencias en los estudios previos que posibilitaron la suscripción del contrato interadministrativo n.° 0809 del 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. En efecto, dichos estudios se basaron en documentos totalmente impertinentes, como aquellos relacionados con la verificación de motivos para el

---

[152] Confróntese con el último considerando del Manual de Contratación. Ver folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.
[153] Artículo 21 del Manual de Contratación. Ver folio 231 del anexo n.° 21 de la actuación.

otorgamiento de Áreas de Servicio Exclusivo; hubo notables deficiencias tanto en los estudios elaborados por la EAAB así como los documentos que sirvieron de soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá. En el mismo sentido, el interminable listado de contratos que tuvo que celebrar Aguas de Bogotá para tratar de contar con los equipos mínimos requeridos para la prestación del servicio tampoco fue suficiente, pues al día del inicio de la prestación del servicio ninguna de las entidades contaba con los vehículos compactadores. Igualmente, la falta de experiencia y la condición financiera de esta última empresa fueron las razones por las cuales se concluyó que con la suscripción de dicho contrato se desconocieron las normas contractuales vigentes, en especial, el principio de selección objetiva, con lo cual se puso en riesgo la continuidad de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. Además, la empresa Aguas de Bogotá no tenía la experiencia y tampoco era capaz técnica y operativamente para asumir la prestación del servicio, aspectos que precisamente debieron ser advertidos al momento de elaborar los respectivos estudios previos a la contratación.

Por lo tanto, conforme a todas esas consideraciones se concluyó que los estudios elaborados para la suscripción del contrato interadministrativo entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá fueron deficientes, situación que fue contraria a los principios de la contratación estatal que sí eran aplicables en virtud de lo dispuesto en el mismo Manual de Contratación citado por el señor defensor.

En cuarto y último orden y sin dar mayores explicaciones, el señor defensor aseveró que los contratos celebrados por la empresa Aguas de Bogotá no fueron irregulares y que tanto esta empresa como la EAAB tenía autonomía para determinar las gestiones relacionadas con su contratación. En todo caso, agregó que el señor alcalde mayor no participó ni intervino en esta contratación.

Así las cosas, la Sala responde que ninguno de los cargos formulados al señor alcalde mayor de Bogotá consistió en cada una de las irregularidades que cometió la empresa Aguas de Bogotá en los diferentes contratos que suscribió para obtener a última hora los equipos indispensables para la prestación del servicio. De manera concreta, las irregularidades de orden contractual que se cometieron en la empresa Aguas de Bogotá fue una consecuencia de la decisión del disciplinado para que las entidades asumieran la prestación del servicio. En efecto, los tiempos entre la realización de los estudios, los trámites contractuales para adquirir los medios técnicos que hacían falta y la fecha en que el Distrito asumiría la prestación del servicio eran demasiados cortos, lo que originó que esta empresa adelantara todo tipo de contrataciones con graves consecuencias contractuales y administrativas. Al respecto, se demostraron graves inconsistencias entre la presentación de algunas propuestas y la elaboración de los estudios previos, al punto en que primero se presentaron muchas de ellas y después se elaboraron los respectivos estudios.

Además, se evidenciaron numerosas inconsistencias en cuanto al trámite de importación de vehículos compactadores, no solo porque el número de ellos no coincidió con los que supuestamente fueron planeados en los estudios previos, sino porque estos vehículos objeto del alquiler ingresaron demasiado tarde al país y cometiéndose todo tipo de irregularidades, al punto de que las entidades del Distrito, siendo los arrendatarios de los vehículos, tuvieron, al mismo tiempo, la condición de propietarios para que las entidades nacionales autorizaran su ingreso.

A lo anterior, debe sumarse la contratación por parte de la empresa Aguas de Bogotá de un número excesivo de vehículos tipo volquetas, situación que no solo evidenció la falta de capacidad de las autoridades del Distrito, sino que además dichos automotores no cumplían las condiciones técnicas que disponían normas de carácter reglamentario, situación que evidentemente también fue una de las causas de la grave crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, y la inadecuada prestación del servicio durante los meses siguientes en las que se utilizó esta clase de vehículos. Al respecto, está demostrado que el operador público utilizó volquetas para la prestación del servicio hasta el mes de julio del año 2013, cuando debió emplear vehículos compactadores.

De esa manera, es obvio que el señor alcalde mayor de Bogotá no participó en el trámite de cada uno de los contratos llevados a cabo por la empresa Aguas de Bogotá. Pero, es una verdad inocultable de que estas contrataciones con sus respectivas irregularidades e innumerables costos para la ciudad jamás se hubieran presentado si el disciplinado no hubiese adoptado la decisión de que las empresas del Distrito, carentes de la más mínima experiencia y capacidad técnica requerida, asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Del anterior análisis quedan demostradas dos situaciones relevantes y que demuestran las consecuencias de la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá:

1. Las empresas del Distrito, al no contar con los medios necesarios para prestar el servicio público de aseo, necesitó sobre la marcha y a como diera lugar que se adelantaran los trámites contractuales para poder tener los medios técnicos para poder asumir la prestación del servicio a partir del 18 de diciembre de 2012. No obstante, eso no se logró y toda esa serie de situaciones, marcadas por una constante improvisación, se

enmarcaron en innumerables irregularidades, las cuales han sido objeto de investigación en otros procesos disciplinarios;[154]

2. Las anteriores irregularidades demuestran que tanto la EAAB como la empresa Aguas de Bogotá no tenían la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio, situación que se constituyó en la principal causa de la crisis y emergencia que enfrentó la ciudad para los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y en la defectuosa prestación del servicio durante los meses siguientes en que dichas empresas utilizaron vehículos tipo volqueta.

Por último y si bien se ha afirmado que el señor alcalde mayor de Bogotá no participó directamente en los diferentes contratos celebrados por la empresa Aguas de Bogotá, es una verdad incontrastable que las situaciones relacionadas con esos contratos siempre fueron de conocimiento del disciplinado, dada la conexidad entre dichas actividades y las decisiones por él adoptadas durante el segundo semestre del año 2012.

Una muestra de lo anterior es el informe de 24 de diciembre de 2012, suscrito por el gerente general de la EAAB DIEGO BRAVO BORDA, dirigido al señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO PETRO. En este documento, el gerente general le informó al señor alcalde mayor lo siguiente:

> De acuerdo con **sus instrucciones** a primera hora de la mañana del día 24 de Diciembre me desplacé a la ciudad de Cartagena **para tomar conocimiento del estado en el que se encontraban los carros compactadores de basura** de el (sic) primer desembarco que provino de la ciudad de Miami, y para identificar el estado en el que se encontraba el proceso de nacionalización de los mismos.
>
> **Durante todo el día mantuve comunicación con usted para informarlo de cada uno de los pormenores del asunto** que se puede resumir en que el aspecto físico de la mayor parte de los vehículos presenta un notable estado de corrosión y que se estaban haciendo las diligencias para que se hiciera la limpieza, desinfección y fumigación de los carros, de acuerdo con las exigencias que para el efecto hicieron tanto autoridades nacionales como autoridades locales.
>
> (…)

[154] Entre ellos, los procesos disciplinarios que están a cargo de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

> **Como es de su conocimiento** una vez realizado ese procedimiento se debía seguir con los trámites para la correspondiente formalización del ingreso de los carros al país.[155]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Este documento es un informe pormenorizado de las actividades y funciones que estaba desempeñando el gerente general de la EAAB presentado al jefe de la administración distrital, pero, según la misma comunicación, **como consecuencia de las instrucciones dadas por el señor alcalde mayor de Bogotá,** aspecto que guarda total coherencia con las decisiones adoptadas por el disciplinado durante el segundo semestre de 2012, relacionadas con que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

6.2.1.6 La declaratoria de urgencia manifiesta n.° 768 de 17 de diciembre de 2013.

6.2.1.6.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor explicó que en los mismos estudios previos de la UAESP, soporte del contrato interadministrativo n.° 17 de 2012, se reconoció que las circunstancias en que se encontraba Bogotá y que dio lugar la declaración de urgencia manifiesta se encontraban aún vigentes, y que dentro de esa situación de urgencia se celebró el referido contrato interadministrativo.

Por ello, indicó que la UAESP en el ejercicio de sus funciones y en su autonomía como entidad descentralizada decretó la urgencia manifiesta en la Resolución 768 de 2012, como parte de las medidas que adoptó la administración distrital para disponer de todas las herramientas posibles y necesarias para garantizar la prestación del servicio de aseo, conducta que no era irregular.

6.2.1.6.2 Consideraciones de la Sala.

Frente al anterior razonamiento, la Sala debe aclarar que dentro de la formulación de cargos al disciplinado nunca se consideró que la declaración de Urgencia Manifiesta decretada por la UAESP el 17 de diciembre de 2012 fue irregular. Por el contrario, se ha dicho que gracias a ella las entidades del Distrito pudieron volver a contratar a los operadores privados, lo que sirvió para

[155] Confróntese con el mencionado oficio, visible en el folio 7 del anexo n.° 25 de la actuación.

normalizar la prestación del servicio de aseo y sacar a la ciudad de Bogotá de la grave crisis que enfrentó los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en virtud de las decisiones tomadas por el señor alcalde mayor de Bogotá.

Ahora bien, ello no significa que ese mismo hecho no pueda demostrar la absoluta improvisación y desorden administrativo que originó las decisiones del disciplinado, pues esta urgencia manifiesta se decretó un día antes de iniciar la prestación del servicio público de aseo bajo el nuevo modelo adoptado por el mandatario distrital. Además, ella se decretó cuando se suponía, en virtud de los contratos interadministrativos celebrados entre la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, que el operador público asumiría la prestación del servicio en toda la ciudad; así mismo, se firmó dicha resolución cuando el Distrito había invertido cuantiosos recursos para adquirir compactadores nuevos, otros usados y un sinnúmero de volquetas —estas últimas sin cumplir las condiciones técnicas reglamentarias—, todo lo cual representó innumerables costos que se habían podido evitar si el disciplinado no hubiera adoptado las decisiones objeto de cuestionamiento.

En tal forma, los estudios elaborados, la correcta planificación y la supuesta capacidad técnica y experiencia de las entidades del Distrito que tanto han defendido los sujetos procesales y algunos testigos quedan en entredicho por la misma declaratoria de Urgencia manifiesta una día antes del inicio del nuevo modelo de prestación del servicio de aseo adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá. En otras palabras, no se había comenzado a prestar el servicio cuando la administración distrital detectó por fin que realmente las entidades públicas no tenían la capacidad suficiente para asumir la responsabilidad del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, algo que con mucho tiempo de antelación habían visto varias entidades y por lo cual se elevaron las varias advertencias y recomendaciones al señor alcalde mayor de Bogotá, situación que está demostrada de forma contundente en el expediente.

Al respecto, la Sala nuevamente debe insistir en lo siguiente: ¿cuál fue la razón del contrato 17 de 2012, suscrito entre la UAESP y la EAAB, y el contrato 0809 de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, si antes de comenzar a funcionar el nuevo modelo se sabía que estas entidades no tenían la experiencia y capacidad y por ello fue necesario contratar nuevamente a los operadores privados? La respuesta no es otra que la falta de coherencia entre la realidad que detectaron varias entidades del Estado y la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá, quien, sin atender la más mínima recomendación y advertencia, asignó la prestación del servicio de aseo a entidades que jamás habían asumido una responsabilidad como esa y quienes carecían de los medios técnicos requeridos para cumplir dicho cometido.

6.2.2 En cuanto al segundo cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

6.2.2.1 Ausencia de tipicidad.

6.2.2.1.1 Argumentos de la defensa

El primer reparo que hizo el señor abogado defensor fue de orden probatorio. Para ello y, según él, en la medida en que las afirmaciones de la Procuraduría estuvieron apoyadas en las quejas presentadas por las empresas ATESA, LIME, CIUDAD LIMPIA y ASEO CAPITAL ante la Superintendencia de Industria y Comercio, «mismas que, como lo reproduce el pliego de cargos, se sustentan en "…muchas versiones no oficiales y especulaciones en medios de comunicación, en rueda de prensa del 22 de octubre del presente año…"», advirtió nuevamente que los medios de comunicación no eran prueba válida, en los términos de la jurisprudencia citada y que tampoco las noticias «que ellos comunican» se convertían en actos jurídicos vinculantes de la administración, ni eran medios legales de notificación de sus decisiones.

El segundo cuestionamiento consistió en que la administración distrital no desconocía las reglas de la libre empresa, la libertad de entrada, libre concurrencia y derecho a la elección del prestador, contemplados en la prestación de los servicios públicos. De allí que «la celebración del contrato interadministrativo n.° 17 de 2012 y la expedición del Decreto 564 de 2012, en modo alguno han vulnerado dichas reglas».

Sobre este aspecto, aseveró que el Decreto 564 de 10 diciembre de 2012 no tenía ninguna de las finalidades que le atribuía la Procuraduría. Para ello afirmó que este Decreto se había referido a los siguientes tópicos: (1) Reconocimiento del derecho fundamental al saneamiento básico; (2) Adopción de medidas para garantizar la prestación del servicio de aseo; y (3) Establecimiento de medidas sobre la separación en la fuente y la inclusión de la población recicladora. En tal forma, citó algunos considerandos del Decreto 564 de 2012 para señalar que en ninguna parte de ellos se exponía que las medidas adoptadas por el Distrito tenían como propósito prohibir o restringir la libre competencia. Igualmente, a renglón seguido, procedió a explicar algunas de las medidas adoptadas en el referido Decreto.

La tercera objeción, muy relacionada con los aspectos anteriormente destacados, consistió en que el ente de control olvidó que el Distrito gozaba de autonomía y que fue a este a quien la Corte Constitucional le dio las órdenes de incluir a la población recicladora en el esquema de prestación de servicio de aseo que se estimara adecuado y conveniente. Que por esta razón resultaba una intrusión a dicha autonomía que la Procuraduría le hubiere indicando al

alcalde en el pliego de cargos cómo, en su parecer, «se debió abordar el desarrollo y ejecución del Plan de Inclusión de la Población Recicladora».

Un cuarto aspecto de inconformidad fue que la ejecución y efectividad de este esquema transitorio se llevó a cabo, entre otros, a través del contrato interadministrativo n.° 17 de 2012, suscrito entre la UAESP y la EAAB, pero que era preciso advertir que la expedición del Decreto 564 de 2012 no era ni es un requisito previo necesario para que la EAAB prestara el servicio público de aseo ni para la celebración del contrato interadministrativo. Por esta razón afirmó que el Decreto 564 de 2012 solo tuvo como propósito garantizar la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad, pero que no tenía el propósito de impedir o desconocer la libre concurrencia.

6.2.2.1.2 Consideraciones de la Sala.

Frente al primer reparo, la Sala debe responderle al señor defensor, al igual que se hizo con el disciplinado, que la valoración del segundo cargo formulado, relacionado con el Decreto 564 de 2012, no se hizo a partir de la interpretación de comentarios y noticias registrados en medios de comunicación, pues ello se efectuó acudiendo a la confrontación de los respectivos artículos de dicho decreto que impusieron una serie de condicionamientos por fuera de la ley y mediando el sinnúmero de advertencias previas que le hicieron varias entidades del orden nacional y distrital al señor alcalde mayor de Bogotá. Así se lo hizo saber la Procuraduría, que a partir de su rol preventivo hizo el respectivo acompañamiento; también la Contraloría Distrital y, de manera muy especial, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al precisar que la única forma de limitar el principio de libertad de empresa era a través de la implementación de Áreas de Servicio Exclusivo.

Con todo y eso, un asunto completamente diferente es que al lado de todos los elementos materiales de prueba se hayan tenido en cuenta otros hechos notorios y de público conocimiento, los cuales fueron registrados por distintos medios de comunicación. A manera de ejemplo y frente a la situación de que un titular haya publicado «Hasta con Policía Petro impedirá el servicio de aseo de empresas privadas»,[156] ello simplemente concuerda con el análisis del Decreto 564 de 2012 y con las decisiones del señor alcalde mayor para impedir que a partir del 18 de diciembre de 2012 cualquier operador, distinto a las entidades públicas, asumieran la prestación del servicio de aseo.

Por lo tanto, debe repetirse que no puede haber algún impedimento para que se hayan mencionado algunos titulares de prensa sobre hechos conocidos dada su

[156] Diario El Tiempo. Noticia del 13 de noviembre de 2012. Ver folios 25 y 26 del anexo n.° 28 de la actuación.

marcada notoriedad, y más cuando ellos concuerdan con las posteriores denuncias que algunas empresas interpusieron ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

En tal forma, la irregularidad reprochada no se probó única y exclusivamente en registros noticiosos, porque en el expediente existen suficientes medios probatorios que demuestran que con las decisiones del señor alcalde mayor se restringió el principio de libertad de empresa. Es más, a esta altura procesal, dicha situación no debería ser ya objeto de discusión, porque varios argumentos expuestos por los sujetos procesales parte de la premisa de que esas decisiones estaban justificadas, al pretenderse incluir a la población recicladora en cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional.

Ahora bien, también se ha explicado que una cosa es utilizar los registros noticiosos como única prueba de alguna irregularidad y otra muy distinta es que esos registros de prensa se utilicen como elemento adicional de valoración. Sobre este particular, la Sala trajo como ejemplo que en la actuación obra un registro de prensa, con un escrito anónimo y un CD de grabación en donde se dice que el disciplinado tenía «planes oscuros en contra de algunos operadores privados»,[157] señalamientos que indicaban que el señor alcalde mayor de Bogotá quería obtener las bases de datos de las empresas privadas y que el personal de dichas organizaciones pasara al operador público.

Pese a ello, la Sala no utilizó esta información para reprochar o confirmar alguna de las conductas en contra del alcalde mayor de Bogotá, porque no hay otras pruebas testimoniales o documentales que por sí solas lo acrediten. Es apenas lógico que de haberse allegado pruebas que ratificaran la información de ese registro de prensa las imputaciones hubiesen sido otras y con posible incidencia penal, que para los efectos de la actuación disciplinaria puede también constituir falta disciplinaria en atención a lo establecido en el numeral 1.° del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

De ese modo, la anterior ejemplificación sirve para demostrar que de haberse tenido en cuenta dichos registros de prensa eso sí hubiese significado utilizar pruebas no válidas. En consecuencia, una cosa es que se utilicen los registros noticiosos para soportar un cargo disciplinario, con todo lo que ello implica, y un asunto diferente es que los hechos notorios y de público conocimiento se analicen en conjunto con el núcleo de las pruebas aportadas al proceso, registros que en últimas no tienen la condición de indispensables o necesarios para demostrar las faltas disciplinarias atribuibles al disciplinado.

---

[157] Confróntese con los folios 1115 a 1183 del cuaderno original n.° 5 de la actuación, diligencias que fueron enviadas por el señor personero delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de la Personería de Bogotá.

Lo anterior es tan claro que el disciplinado, en su escrito de descargos, acudió a la misma fórmula que la defensa critica, al decir que «el primer objetivo que expresó tanto en la junta directiva de la EAAB, **como en las entrevistas públicas** y que fueron el motor de sus decisiones tomadas en el año 2012 frente al servicio público de aseo, era la reducción de tarifas», aspecto que corrobora que no hay ningún impedimento para acudir a los hechos notorios, acreditados en entrevistas o registros noticiosos.

En segundo lugar y en cuanto a la tesis de que el Decreto 564 de 2012 no limitó la libertad de empresa, la Sala insiste en que dicha restricción injustificada sí se configuró por unos condicionamientos especiales impuestos en los siguientes artículos de dicho decreto:

a. Artículo 6 del Decreto 564 de 2012. Cumplimiento de la Supervisión, coordinación y control del servicio de aseo. De conformidad con el artículo 116 del Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006, **para que una persona de naturaleza pública o privada pueda prestar en la ciudad de Bogotá Distrito Capital el servicio público de aseo, deberá acreditar** ante la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP los requisitos exigidos en la ley **y suscribir con dicha Unidad, o con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P – EAAB un contrato** en el cual se especifique el alcance de sus obligaciones y, particularmente, la forma cómo se cumplirán las actividades de supervisión, coordinación y control del servicio a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP.

PARÁGRAFO. Para la organización del servicio, en los convenios o contratos a los que hace referencia este artículo, **podrá aplicarse la delimitación de las zonas en las que actualmente se desarrolla la operación, hasta la fecha en que se celebren nuevos contratos de concesión para las áreas de servicio exclusivo** que sean propuestas por la UAESP y verificadas por la CRA, en los términos de la ley.

(Negrillas fuera de texto)

Para la Sala, con este artículo, junto a la idea de esquema transitorio, se restringió el principio de libertad de empresa que regía para el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, por cuanto dicha norma señaló como condición para poder prestar el servicio **un contrato** con la UAESP o la EAAB. Sin embargo, si se revisa el artículo 22 de la Ley 142 de 1994 —sin perjuicio de ciertos requisitos contenidos en los artículos 25 y 26 de la misma ley que no son aplicables al presente caso—, es claro que las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social.

Además, en el parágrafo de este artículo 6 se estableció que podría aplicarse la delimitación de las zonas para prestar el servicio hasta tanto se celebraran los contratos de concesión para la implementación de las ASE, por lo cual, aquello implicaría una exclusividad que va en contra de la libre competencia y de la facultad de los usuarios de escoger libremente el prestador de servicio.[158]

b. **Artículo 8 del Decreto 564 de 2012. Empresas de Servicios Públicos del Distrito Capital.** Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio de aseo, en los términos establecidos por la Ley, la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito **a través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP para el efecto.**

   La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP expedirá los actos, celebrará los contratos y realizará las operaciones que se requieran, todo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 y con estricta sujeción a las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos 275 de 2011, 268 de 2012 y 084 de 2012.

En este artículo se conecta la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, entre la UAESP y la EAAB, con la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá para limitar el principio de libertad de empresa para la prestación del servicio público de aseo. Efectivamente y muy a pesar de que en el primer inciso se utilizó la construcción «la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a través de convenios o contratos que celebre la UAESP» —dando a entender que **cualquier entidad del Distrito** podía prestar el servicio de aseo—, lo cierto es que en el inciso segundo se dio por sentado que esa empresa del Distrito era la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB). De esa manera, lo que hizo esta norma del Decreto fue ratificar lo que se había pactado en el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, solo que esta vez con la «exclusividad» requerida para impedir que otras empresas privadas pudieran prestar el servicio. Así, esta «exclusividad» está ratificada en que este segundo inciso determinó que era la EAAB, y no otra entidad o empresa, la que expediría los actos, celebraría los contratos y realizaría las operaciones que se requirieran, supuestamente en atención a la Ley 142 de 1994 y a las órdenes dadas por la Corte Constitucional.

c. **Artículo 9 del Decreto 564 de 2012. Acceso al Relleno Sanitario.** El acceso y disposición de residuos en el Relleno Sanitario Doña Juana, propiedad del

[158] Confróntese con los artículos 9 y 10 de la Ley 142 de 1994.

> Distrito Capital, **queda condicionado a la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo** en la actividad complementaria de disposición final, **con el operador contratado para el efecto, previa autorización de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP,** en los términos previstos en el Decreto Nacional 838 de 2005.
>
> La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP proferirá los actos administrativos necesarios para que, **a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se venzan los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se reciban residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP,** con el fin de preservar la salubridad pública y asegurar el manejo técnico del relleno sanitario, así como el derecho de la población recicladora a recolectar el material aprovechable.
>
> (Negrillas fuera de texto)

Esta es otra norma que guarda absoluta coherencia para confirmar la restricción del principio de libertad de empresa. En este punto, vale la pena recordar las solicitudes que habían sido efectuadas por los operadores privados para poder ingresar al relleno sanitario de Doña Juana. Así, según este artículo del Decreto, a partir del 18 de diciembre de 2012, se necesitaría «la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, con el operador contratado para el efecto», que en el presente caso sería la EAAB, y además la autorización previa de la UAESP. Adicionalmente, en el segundo inciso se dejó señalado que la UAESP «proferirá los actos administrativos necesarios para que, a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se vencieran los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se recibieran residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas» por la UAESP.

En ese orden de ideas, los condicionamientos impuestos en los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012 excedieron los requisitos plasmados en los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, por lo que sí es cierto que se desconocieron las reglas de la libre empresa, la libertad de entrada, libre concurrencia y derecho a la elección del prestador, contemplados en las normas constitucionales y legales de prestación de los servicios públicos, aspectos sobre los cuales varias entidades, especialmente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, le hicieron las respectivas advertencias al señor alcalde mayor de Bogotá antes de que procediera a tomar las correspondientes decisiones, recomendaciones que se originaron ante los notorios y constantes anuncios de que la administración distrital constituiría un operador público para prestar el servicio de aseo o que dicha responsabilidad

pasaría a manos de algunas entidades del Distrito, eventualidad esta última que ocurrió y que desató la emergencia ocurrida en la ciudad de Bogotá en el mes de diciembre de 2012.

En tercer lugar, no es cierto que la tramitación de la presente actuación disciplinaria y la adopción de las respectivas decisiones estén soportadas en un «olvido sobre la autonomía de las entidades descentralizadas del Distrito y las órdenes de la Corte Constitucional para incluir a la población recicladora en el esquema de prestación de servicio de aseo que se estimara adecuado y conveniente».

Por una parte y teniendo claro que la tesis de la autonomía de las entidades descentralizadas es un argumento de exculpación que va dirigido únicamente al primero de los cargos formulados —pues los restantes cargos están soportados en los Decretos 564 y 570 de 2012 proferidos por el mismo disciplinado—, es irrefutable la conclusión de que la decisión de que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá provino directamente del señor alcalde. Por eso, varios hechos cronológicos que están demostrados en el expediente y otros que fueron de público conocimiento así lo confirman: los anuncios de las entidades del Distrito en constituir un operador público; las reuniones en el despacho del alcalde mayor de Bogotá bajo el liderazgo del disciplinado; la defensa y la asunción de dicha decisión por parte del señor alcalde; las decisiones tomadas en la Junta Directiva en las que participó el disciplinado como miembro de la Junta Directiva; los controles políticos que se derivaron en cabeza del Concejo Distrital y el Congreso de la República; la expedición del Decreto 564 de 2012 como instrumento para que el manejo de la prestación del servicio pasara a manos del operador público sin Áreas de Servicio Exclusivo; las quejas de los operadores privados presentadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios porque a partir del 18 de diciembre de 2012 ya no podían continuar prestando el servicio de aseo; los informes que el señor gerente de la EAAB le pasaba directamente al señor alcalde mayor sobre los trámites de importación de los vehículos alquilados; y, finalmente, las intervenciones públicas ampliamente difundidas en donde el señor alcalde mayor explicó la crisis que vivió la ciudad durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

Así las cosas, y si bien es cierto que las entidades como la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá gozan de autonomía administrativa, no lo es menos que dicha autonomía no es absoluta, ya que el señor alcalde mayor de Bogotá ejerce el control de tutela sobre estas entidades y nombra a sus gerentes y directores. Así, estas dos situaciones ilustran las razones por las cuales sí fue posible que se presentaran los hechos anteriormente referidos y explican, en términos jurídicos, el porqué fue posible que un alcalde mayor de Bogotá pudiera determinar a ciertos funcionarios a que celebraran algunos

contratos interadministrativos, tal y como aconteció con aquellos que tuvieron por objeto asignar la prestación del servicio público a dos entidades del Distrito.

Por la otra, tampoco fue un olvido las órdenes tendientes a que se incluyera la población recicladora, pues quedó demostrado que la implementación de las acciones afirmativas a favor de esta población vulnerable no dependía de la adopción de un esquema de prestación del servicio de aseo no contemplado en la ley, en la medida en que varias de ellas eran de carácter progresivo, había cómo remunerar a la población recicladora y otras acciones no dependían de uno u otro modelo. Además, quedó demostrado que aun, bajo el régimen de libertad de empresa, sí es posible incluir a la población recicladora, tal y como sucede en la ciudad de Bucaramanga, según la explicación del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS.

En consecuencia, es equivocado que se diga que el reproche formulado al disciplinado significó una «intrusión a la autonomía de las entidades por parte de la Procuraduría, indicándose en el pliego de cargos cómo se debió abordar el desarrollo y ejecución del Plan de Inclusión de la Población Recicladora», pues el hecho de que se haya cuestionado las conductas del señor alcalde mayor por haber tenido incidencia disciplinaria ello en manera alguna significa una «intromisión» en el ejercicio de las funciones del cargo. Tampoco se puede aceptar que una orden judicial proferida por la Corte Constitucional pudiera habilitar la adopción de decisiones que estuvieran por fuera del ordenamiento jurídico y más cuando el cumplimiento de ellas no dependía de la adopción del tipo decisiones como las que profirió el señor alcalde mayor de Bogotá.

En cuarto y último lugar, es cierto, como lo dice el señor defensor, que el Decreto 564 de 2012 no era un requisito previo y necesario para que la EAAB prestara el servicio público de aseo, pues dicha posibilidad se la dio el contrato interadministrativo 017 de 2012. Sin embargo, esta situación no fue objeto del segundo cargo formulado, pues, posterior a la celebración del contrato interadministrativo, el señor alcalde mayor expidió el Decreto 564 de 2012 para confirmar el manejo y la prestación del servicio por parte del operador público, pero con la exclusividad que siempre fue pretendida por las autoridades distritales, la cual, con la sola firma del contrato, resultaba inaplicable. Por ello, la expedición del Decreto 564 de 2012 fue otra de las razones por las cuales algunos operadores privados interpusieron las quejas ante la Superintendencia de Industria y Comercio por presuntas violaciones al principio de libertad de empresa. En tal forma, el Decreto 564 de 2012 fue el instrumento efectivo con el cual el Distrito asumió bajo su exclusivo manejo la forma como se prestaría el servicio a partir del 18 de diciembre de 2012, sin que mediara la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), pues dicha verificación para ese momento se encontraba en trámite.

Del mismo modo, la Sala debe señalar una contradicción en algunos argumentos expuestos por los sujetos procesales: mientras en unos apartados se quiere restarle importancia al Decreto 564 de 2012 para decir que las empresas del Distrito podían prestar el servicio de aseo, aspecto que en todo caso nada tiene que ver con el segundo cargo formulado, en otras partes de los descargos y los alegatos de conclusión se dice que ese mismo decreto era vital para garantizar la prestación del servicio.

En uno u otro caso y conforme al análisis efectuado de los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012, para la Sala es claro que el Decreto 564 de 2012 fue necesario para que el señor alcalde mayor de Bogotá le diera la exclusividad en el manejo y prestación del servicio de aseo a las entidades públicas, en la forma concebida en los respectivos estudios y conforme a los diferentes anuncios de la administración distrital, sin que mediara la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), situación que comportó que se restringiera sin ninguna justificación el principio de libertad de empresa en la prestación de este servicio público.

6.2.2.2 Inexistencia de ilicitud sustancial.

6.2.2.2.1 Argumentos de la defensa

Para desvirtuar la existencia de la ilicitud sustancial, el señor defensor esgrimió, por una parte y citando apartes de la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, que «no era posible establecer una falta disciplinaria sobre la supuesta vulneración de un principio». Por la otra, destacó que el Decreto 564 de 2012 había sido demandado en acción de nulidad, proceso que cursaba en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá. Sobre este punto señaló que la medida cautelar de suspensión provisional fue negada, para lo cual citó apartes de la decisión del 20 de marzo de 2013, proferida por dicho despacho. Por ello, recalcó que la providencia judicial demostraba que no era evidente, como lo pretendía hacer ver la Procuraduría, que el contenido del Decreto 564 de 2012 fuera «vulneratorio de las normas que regulan la prestación de servicios públicos, así como las normas que regulan la libre competencia».

6.2.2.2.2 Consideraciones de la Sala.

Conforme al cuestionamiento expuesto por el señor defensor, la Sala debe llamar la atención en que la sentencia C-818 de 2005 se refirió única y exclusivamente al estudio de la constitucionalidad del numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por lo cual dicho pronunciamiento en principio no es aplicable para el análisis del segundo de los cargos formulados.

Sin embargo, conforme a un interpretación extensiva y analógica, la Sala debe llamar la atención en que la mencionada sentencia declaró la constitucionalidad de dicha falta disciplinaria, bajo el entendido de que «la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios».

En consecuencia, no es cierto que la Corte haya dicho que no es posible «establecer una falta disciplinaria sobre la supuesta vulneración de un principio». Por el contrario, ello sí es posible, siempre y cuando, conforme a la referida sentencia, la falta esté descrita en «normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios».

En el presente caso, no hay duda de que la libertad de empresa es un principio de orden constitucional de aplicación inmediata y que también tiene un desarrollo legal en la ley de servicios públicos domiciliarios.

Por ello, las normas constitucionales y legales que desarrollan ese principio y que soportan la infracción disciplinaria fueron las siguientes:

a. Constitución Política de Colombia.

ARTÍCULO 333. **La actividad económica y la iniciativa privada son libres**, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, **nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos**, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

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

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

ARTICULO 367. **La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios**, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

b. Ley 142 de 1994.

ARTÍCULO 2. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, **conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley**, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: **2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante**

ARTÍCULO 3. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: **3.9. Respecto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.**

ARTÍCULO 10. LIBERTAD DE EMPRESA. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

ARTÍCULO 11. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios

públicos tienen las siguientes obligaciones: **11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia**.

ARTÍCULO 22. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas **no requieren permiso para desarrollar su objeto social**, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades.

ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; **en la forma que mejor garantice la libre competencia** y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

(Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, si hay algún principio que esté descrito en «normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que los desarrollen» es el de la libertad de empresa, por lo que el segundo cargo reprochado está formulado en los precisos términos que ha fijado dicha sentencia, y más cuando el núcleo de la infracción consistió en que el señor alcalde mayor de Bogotá ejerció sus potestades de su cargo para perseguir una finalidad distinta a aquellas que se relacionan con el principio de libertad de empresa. Es más, en algunas explicaciones, el disciplinado reconoce y esgrime que parte de sus decisiones se hicieron con el fin de «descartelizar a un grupo de contratistas», afirmación que precisamente corrobora que el objetivo era completamente distinto al de preservar el principio constitucional y legal de la libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo.

Por otra parte, es cierto que en la actualidad el Decreto 564 de 2012 goza de presunción de legalidad y que esta condición únicamente se puede desvirtuar ante la jurisdicción contenciosa administrativa; no obstante, también lo es que a través de la expedición de un acto administrativo los servidores públicos pueden infringir sus deberes funcionales, por lo que es equivocado sostener cualquier especie de condicionamiento o de prejudicialidad entre una y otra jurisdicción. Al respecto, debe agregarse que la jurisdicción contenciosa administrativa es distinta a la que pertenece el juez disciplinario, y si bien las decisiones de este último están sometidas a las de aquella, ello no significa que la autoridad disciplinaria no pueda efectuar un análisis propio sobre determinada conducta del servidor público, pues, si así no fuera, sería imposible juzgar varias

conductas que precisamente están relacionadas con la expedición de actos administrativos, tal y como sucede, por vía de ejemplo, con el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, falta disciplinaria relacionada con el tercero de los cargos formulados, o como ocurre en otros eventos.[159]

A lo anterior debe agregarse que la jurisdicción contenciosa administrativa es bien diferente, pues ella tiene la particularidad de que es una justicia rogada, en donde se deben observar los argumentos y peticiones de los respectivos demandantes. De tal manera, es comprensible que en la demostración de la responsabilidad disciplinaria que tiene como soporte la expedición de un acto administrativo no es vinculante que la jurisdicción contenciosa administrativa no haya aceptado la medida de suspensión provisional; incluso, puede suceder que al final de dicho proceso judicial, por múltiples factores, se mantenga la presunción de legalidad en virtud de la negativa de las pretensiones de la respectiva demanda, pero ello es un asunto totalmente diferente a la infracción del deber funcional del servidor público investigado. Pensar en lo contrario, esto es, que se debiera aplicar una prejudicialidad como lo esgrimen los sujetos procesales, sería adoptar una práctica que no solo configuraría una invasión e intromisión de competencias de las distintas autoridades, sino que sencillamente la conducta disciplinaria quedaría en un altísimo riesgo de impunidad, pues la experiencia enseña que en la mayoría de los casos es más demorado la tramitación de un proceso contencioso administrativo que el transcurso del término prescriptivo contemplado para la acción disciplinaria.

6.2.2.3 Ausencia de dolo o culpa.

6.2.2.3.1 Argumentos de la defensa

El señor defensor mostró su desacuerdo con las pruebas tenidas en cuenta por la Sala al momento de demostrar el grado de culpabilidad de la posible responsabilidad disciplinaria al momento de efectuar el segundo cargo formulado. Para ello, efectuó las siguientes observaciones:

[159] A manera de ejemplo, es falta disciplinaria gravísima «aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley» (numeral 33 del artículo 48 del Código Disciplinario Único). Así mismo, es falta disciplinaria grave o leve, por vía de la prohibición, «nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan requisitos…», o «reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contenciosa administrativa…» (numerales 18 y 19 del artículo 35 del Código Disciplinario Único, respectivamente). Igualmente, es falta disciplinaria gravísima «el realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo…», lo cual incluye el delito de prevaricato por acción. Así las cosas, todos estos ejemplos dan cuenta de que para demostrar la realización de una falta disciplinaria se tiene que producir necesariamente un acto administrativo, y en dichos casos la demostración de la responsabilidad no está sujeta a ningún tipo de prejudicialidad de parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

a. En cuanto al oficio n.° 51113 del 27 de marzo de 2012 se dijo que esta comunicación no se refirió al contenido del Decreto 564 de 2012, sino a situaciones ajenas al resorte y responsabilidad del disciplinado.

b. En cuanto a la comunicación enviada al gerente de la EAAB el 30 de octubre de 2012 y las reuniones llevadas a cabo los días 7 y 13 de noviembre de 2012, dijo que ellas no contaron con la participación del señor alcalde.

c. En cuanto al oficio n.° 132557 del 5 de septiembre de 2012, dirigido al señor alcalde mayor, se dijo que «la doctora Tatiana Londoño manifestó su preocupación por la información recibida a través de los medios de comunicación», respecto de lo cual afirmó la defensa que los medios de comunicación no equivalían a actos de la administración ni que eran medios oficiales de notificación de sus decisiones.

d. Explicó que las anteriores «actuaciones» fueron previas a la expedición del Decreto 564 de 2012 y que todas ellas presumían que la EAAB iba a prestar el servicio de aseo en exclusividad, cuando esto no estaba consignado en el contrato administrativo 017 de 2012 ni en el Decreto 564 de 2012. Por ello, enfatizó que no podía aceptarse que estas comunicaciones fueran advertencias de la futura supuesta ilegalidad del Decreto 564 de 2012. Agregó que la Procuraduría tenía un entendimiento e interpretación diferente al que había dado la administración distrital y el señor alcalde mayor.

6.2.2.3.2 Consideraciones de la Sala.

Uno de los argumentos centrales de este aspecto de inconformidad es que algunas comunicaciones suscritas por parte de la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública, en donde se efectuaron algunas advertencias y recomendaciones sobre el respeto del principio de libertad de empresa, es que ellas se hicieron antes de la expedición del Decreto 564 de 2012, proferido por el señor alcalde mayor de Bogotá y sobre el cual se fundamentó el segundo de los cargos formulados.

Lo anterior no solo es cierto, sino apenas obvio, pues las advertencias y recomendaciones por su naturaleza y definición consisten en prevenir o llamar la atención antes de que algo ocurra y no de forma posterior al suceso sobre el cual se aconsejó o alertó. Así las cosas, no de otra manera la Sala hubiese utilizado no solo estas advertencias, sino muchas otras que hicieron la Contraloría Distrital y la Superintendencia de Servicios Públicos, entre otras,

para llegar a la conclusión, en ese momento, de que la conducta probablemente había sido cometida a título de dolo.

En este momento, el grado de probabilidad señalado ha adquirido la certeza requerida para demostrar que efectivamente el disciplinado sí sabía de todas las advertencias que las diferentes entidades le hicieron antes de que adoptara las decisión de crear un modelo transitorio no contemplado en el ordenamiento jurídico. Y una de las razones de dicha afirmación es precisamente el siguiente análisis que se hace de los mismos documentos enlistados por el señor defensor:

a. **Oficio n.° 51113 del 27 de marzo de 2012, enviado al entonces director de la UAESP GUILLERMO RAÚL ASPRILLA CORONADO.**

Desde el primer semestre del año 2012 se le advertía al director de la UAESP lo siguiente: [160]

> La UAESP manifiesta que no es posible acceder de manera favorable a la solicitud presentada por el representante legal de Aquapolis S. A. E. S. P., de acceso al Relleno Sanitario Doña Juana.
>
> Sobre este punto particular, de manera comedida, se recomienda revisar nuevamente la posición jurídica de la UAESP, **teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 333 y 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos domiciliarios, por regla general, se prestan en régimen de competencia.**
>
> El artículo 22 de la Ley 142 de 1994 desarrolla **el principio de libertad de empresa, comúnmente conocido como libertad de entrada,** previsto en el artículo 10 de la citada ley.
>
> El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha definido la **libertad económica** como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, es una libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía, entre ellos por la regulación económica.
>
> Así mismo, ha sostenido el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido, que se aprecia, por una parte, **en la libertad de empresa, que constituye nada menos que «el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella»**, y de otra, en la **libertad de competencia, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado.**

[160] Confróntese con los folios 11 a 17 del anexo n.° 1 de la actuación.

La doctrina ha definido el principio de **libertad de entrada consistente en permitir que las empresas** debidamente constituidas y organizadas **desarrollen su objeto social sin que sea necesaria la expedición de algún título habilitante por parte de las autoridades administrativas.** Con ello se busca que en el régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios no existan barreras legales o procedimientos administrativos que obstaculicen el ingreso de nuevos operadores al mercado.

(…)

De este modo, según el régimen de funcionamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consagrado en el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, no se requiere permiso para el desarrollo de su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, la concesiones, permisos y licencias referidas en los artículos 25 y 26 ibídem, de acuerdo con la naturaleza de la actividad.

Es decir, **la norma general es que existe libertad para que varias empresas presten servicios públicos, salvo en los casos que por interés social y con el propósito de ampliar la cobertura de los servicios públicos, se entregue a una sola empresa un área de servicio exclusivo,** en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

De tal manera que, **salvo que se trate de contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo,** en los que previamente se hayan verificado **los motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo** por parte de la CRA, **ninguna persona requiere autorización o título habilitante de ninguna autoridad para que pueda prestarlo.**

Lo anterior significa que, **hasta tanto no se haya adjudicado las ASE mediante un proceso licitatorio, se debe,** en sentir de esta oficina, **aplicar la regla general de libertad económica.**

(Negrillas fuera de texto).

b. Comunicación enviada al gerente de la EAAB el 30 de octubre de 2012.

En el segundo semestre y esta vez al gerente de la EAAB, se decía lo siguiente:[161]

[161] Confróntese con los folios 85 a 87 del anexo n.° 1 de la actuación. Así mismo, en los folios 75 a 77 del anexo n.° 5 de la actuación.

1. LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHO DEL USUARIO A LA LIBRE ESCOGENCIA DEL PRESTADOR.

Según se mencionó en la reunión, la Decisión del Distrito se fundamenta en que, a su parecer, **la única forma de cumplir** el Auto 275 de la Corte Constitucional para la inclusión de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora **es mediante la operación exclusiva del servicio de aseo por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.**

Sobre este punto particular, de manera comedida, se recomienda revisar nuevamente la posición jurídica del Distrito, **teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 333 y 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos domiciliarios, por regla general, se prestan en régimen de competencia.** De igual manera, **e**l artículo 22 de la Ley 142 de 1994 desarrolla **el principio de libertad de empresa, comúnmente conocido como libertad de entrada,** previsto en el artículo 10 de la citada ley.

El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha definido la **libertad económica** como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, es una libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía, entre ellos por la regulación económica.

Así mismo, ha sostenido el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido, que se aprecia, por una parte, **en la libertad de empresa, que constituye nada menos que «el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella»**, y de otra, en la **libertad de competencia, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado.**

La doctrina ha definido el principio de **libertad de entrada consistente en permitir que las empresas** debidamente constituidas y organizadas **desarrollen su objeto social sin que sea necesaria la expedición de algún título habilitante por parte de las autoridades administrativas.** Con ello se busca que en el régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios no existan barreras legales o procedimientos administrativos que obstaculicen el ingreso de nuevos operadores al mercado.

(…)

Es decir, **la norma general es que existe libertad para que varias empresas presten servicios públicos, salvo en los casos que por interés social y con el propósito de ampliar la cobertura de los**

servicios públicos, se entregue a una sola empresa un área de servicio exclusivo, en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

De tal manera que, **salvo que se trate de contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo,** en los que previamente se hayan verificado **los motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo** por parte de la CRA, **ninguna persona requiere autorización o título habilitante de ninguna autoridad para que pueda prestarlo.**

(Negrillas fuera de texto).

c. Oficio n.° 132557 del 5 de septiembre de 2012, dirigido al señor alcalde mayor de Bogotá.

Directamente al señor alcalde mayor de Bogotá, a través de este oficio y en virtud del anuncio de que se iba a constituir una empresa pública para la prestación del servicio público de aseo, la funcionaria con funciones preventivas le hizo saber al señor alcalde mayor de Bogotá, entre otras cosas, que el régimen de libertad de empresa existía desde el año 2011, tras la terminación de los contratos de concesión de áreas de servicio exclusivo. [162]

d. Reuniones llevadas a cabo los días 7 y 13 de noviembre de 2012.

Estas reuniones se efectuaron en la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública, en donde estuvieron presentes varios funcionarios de distintas entidades, entre ellas la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública, Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), Ministerio del Medio Ambiente, UAESP y la EAAB. En cuanto a estas dos últimas entidades, estuvieron presentes el gerente general de la EAAB DIEGO BRAVO y el director encargado de la UAESP HENRY ROMERO TRUJILLO.[163]

En tal sentido, y luego de que en la sesión del 7 de noviembre de 2012 el señor gerente general de la EAAB expusiera las razones por las cuales el Distrito consideraba que no había libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo y que la única forma de poder cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional era que la EAAB asumiera la prestación del servicio de

[162] Confróntese con los folios 48 a 49 del anexo n.° 1 de la actuación.
[163] Confróntese con las actas del 7 y 13 de noviembre de 2012, obrantes en los folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.

aseo, en la siguiente sesión (la del 13 de noviembre de 2012) todas las entidades, diferentes a la EAAB y la UAESP, le hicieron saber a los funcionarios del Distrito que en la ciudad de Bogotá regía en el principio de libertad de empresa y que la decisión de que la EAAB asumiera la prestación del servicio no podía impedir que otros operadores compitieran y prestaran el servicio en igualdad de condiciones, situación que resultó contraria a la expedición del Decreto 564 de 2012.

Al revisar nuevamente dichas actas, se tiene que por parte de la Procuraduría Delegada Preventiva se expuso la normatividad de orden constitucional y legal en cuanto a servicios públicos domiciliarios, para llegar a la conclusión de que el Distrito no podía asumir un modelo de prestación del servicio que estuviera por fuera del ordenamiento jurídico, además de los numerosos reparos en cuanto a la experiencia y capacidad técnica de la EAAB para prestar el servicio. Se precisó también que la regla general era la prestación del servicio bajo el principio de libertad de empresa, y que la única excepción era una limitación de orden legal como lo eran las Áreas de Servicio Exclusivo.[164]

Por su parte, la intervención de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) estuvo referida a que imperaba la libre competencia en la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, pese a la existencia en ese momento de unos contratos; que ese marco de libre competencia significaba que cualquier operador podría entrar a prestar el servicio y que las empresas que a bien lo tuvieran podrían solicitar convenios de facturación conjunta. Para reafirmar la posición de que se estaba en un régimen de libertad de empresa, la CRA explicó que con la decisión contenida en el auto n.° 275 de 2011 de la Corte Constitucional la Resolución CRA 541 de 2011 (por medio de la cual se habían verificado los motivos para la inclusión de Áreas de Servicio Exclusivo) quedó sin ningún efecto. Como razones de esta última afirmación sostuvo que todos los actos administrativos de la licitación del 2011 que pretendía adelantar el Distrito y que incluiría las ASE habían quedado sin ningún efecto, ya que habían desaparecido los fundamentos de hecho y de derecho que habían permitido la expedición de esta Resolución, por lo cual era necesario volver a elevar otra solicitud de verificación de motivos para la implementación de las ASE, tal y como lo había hecho la UAESP para el mes de agosto de 2012.

En cuanto a las preguntas que surgían por cómo se podía remunerar la actividad de los recicladores en el régimen de libertad de empresa, el alto comisionado de la CRA señaló que estaba vigente la Resolución CRA 351 de 2005, la cual contenía la metodología tarifaria para remunerar dichos servicios. Así lo manifestó el experto comisionado de la CRA:

---

[164] Ver páginas 2 a 9 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de la Procuraduría General de la Nación. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.

> La metodología tarifaria vigente en el tema de aseo es la Resolución CRA 351 de 2005. La normatividad vigente y la metodología tarifaria actual otorgan al Distrito una manera de remunerar el aprovechamiento. Es decir que el Distrito tiene una manera de remunerar aquellas actividades asociadas al aprovechamiento. Por tanto, en el marco del modelo vigente, es claro que existe una forma de remunerar ese aprovechamiento (Artículo 17 de la Resolución 351 de 2005).[165]

A su vez, la intervención del Ministerio del Medio Ambiente estuvo referida a que compartía «de manera clara y expresa» la posición de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en lo que tenía que ver con la no vigencia de la Resolución 541 de 2011, pues afirmó que esa decisión se había tomado en comisión de expertos y que el Ministerio era miembro de la Junta de la Comisión. [166]

Por otro lado, las intervenciones tanto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de Industria y Comercio en esta reunión del 13 de noviembre de 2012 estuvieron orientadas a que en la ciudad de Bogotá regían el principio de libertad de empresa en cuanto a la prestación del servicio público de aseo.[167]

Así las cosas, obsérvese que las advertencias no fueron hechas únicamente por parte de la Procuraduría, sino la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la CRA y el Ministerio del Medio Ambiente. Además, si se observan con atención todas y cada una de las recomendaciones estaban orientadas a que las decisiones anunciadas por la administración distrital, en cabeza de su alcalde mayor, iban a afectar el principio de libertad de empresa y, pese a ello, el disciplinado, consciente de esas advertencias y con el supuesto ánimo de «descartelizar a algunos contratistas» decidió proferir el Decreto 564 de 2012 contentivo de una serie de limitaciones y restricciones de dicho principio.

De esa forma, no fue una simple presunción o idea de algún funcionario o de una entidad de que con las decisiones anunciadas por el Distrito posiblemente se iba a afectar el principio de libertad de empresa. Por el contrario, todas las actuaciones, trámites, anuncios, celebración de los contratos interadministrativos, registros noticiosos e intervenciones públicas y oficiales del

---

[165] Ver páginas 9 y 10 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de la CRA. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.
[166] Ver páginas 10 y 11 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención del Ministerio del Medio Ambiente. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.
[167] Ver página 11 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de estados dos Superintendencias. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.

alcalde mayor daba suficientes elementos de juicio para considerar que el mandatario iba a proceder en contra del ordenamiento jurídico y, en últimas, la expedición del Decreto 564 de 2012 así lo demostró.

Por último, es totalmente inaceptable la tesis de una supuesta exculpación por el hecho de que algunas comunicaciones no fueron enviadas al señor alcalde mayor de Bogotá o que este no participó en algunas de las reuniones, pues no solo está demostrado que otras comunicaciones con el mismo objeto y finalidad fueron entregadas directamente al disciplinado, sino que la realidad muestra de que todo asunto relacionado con la nueva decisión del Distrito era de conocimiento del señor alcalde mayor de Bogotá. Esto está demostrado en las reuniones lideradas por el disciplinado en su despacho, por las diferentes intervenciones públicas y oficiales del mandatario en donde asumió como suya la decisión y porque hasta el entonces gerente de la EAAB le rendía informes pormenorizados sobre la importación de vehículos compactadores alquilados, no solo para que fuera de su conocimiento, sino dejándose evidencia de que la atención del señor gerente obedecía a las precisas instrucciones dadas por el burgomaestre distrital.

6.2.2.4 Sobre las peticiones de solicitud de acceso al relleno sanitario o a suscribir convenios de facturación conjunta.

6.2.2.4.1 Argumentos de la defensa

El señor defensor llamó la atención en que en el pliego de cargos se indicó que se obstaculizó el ingreso de operadores privados, entre ellos la sociedad AQUÁPOLIS, quien solicitó el acceso al relleno sanitario Doña Juana, a la cual se le resolvieron negativamente peticiones de suscripción de convenios de facturación conjunta.

Al respecto, manifestó que el disciplinado no tenía conocimiento de estos hechos, ya que no era su función ni competencia pronunciarse sobre las solicitudes de acceso al relleno sanitario ni sobre los convenios de facturación conjunta. Que en todo caso se observaba que la solicitud de la firma AQUAPOLIS dirigida a la UAESP fue respondida por dicha entidad el 9 de febrero de 2012, es decir resuelta con anterioridad a la expedición del Decreto 564 de 2012 y, por tanto, cualquier respuesta dada por la autoridad competente no tenía a dicho decreto como fundamento.

6.2.2.4.2 Consideraciones de la Sala.

Frente a este cuestionamiento, la Sala debe recordar que la «obstaculización del ingreso de operadores privados, entre ellos el de la sociedad AQUÁPOLIS

al relleno sanitario Doña Juana», no fue objeto de algún reproche contra el disciplinado. En efecto, esta situación demostrada en el expediente fue traída a colación para desvirtuar uno de los argumentos ofrecidos por el disciplinado en su diligencia de versión libre y espontánea. Así, el investigado, en ese momento, afirmó que «mientras se suscribieron los contratos de urgencia manifiesta con los operadores privados durante los años 2011 y 2012 no hubo registro de entradas de otras empresas para la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá. Que la realidad demostraba que no había más operadores con la capacidad financiera y técnica suficientes para prestar los servicios de la ciudad de Bogotá».[168]

Por ello, fue necesario acreditar que lo que dijo el disciplinado en su momento no era cierto, pues los folios 207 a 234 del anexo n.° 5 de la actuación probaban que durante el año 2012 sí habían solicitudes relacionadas con la libertad de entrada y acceso al relleno sanitario de Doña Juana, de una empresa distinta a los cuatro operadores privados que prestaron el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Esta empresa que había efectuado dicha solicitud era AQUAPOLIS S. A. E. S. P., la cual, desde finales del año 2011 y con reiteraciones en el año 2012, solicitó que se le permitiera el acceso al relleno sanitario de Doña Juana y, por ende, que pudiera participar en la prestación del servicio de aseo bajo el entendido de estar en el marco de la libertad de empresa.

En consecuencia, puede ser cierto que el disciplinado no haya tenido conocimiento de estos hechos, pero no por ello podía ser de recibo, como argumento de justificación de las decisiones adoptadas, que en la ciudad de Bogotá no había registro de entradas de empresas interesadas en la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá, como para considerar que no se había afectado el principio de libertad de empresa, pues lo cierto es que el Decreto 564 de 2012 impuso unas condiciones y restricciones que limitaban el interés de cualquier operador para prestar el servicio de aseo en la ciudad capital.

6.2.3 En cuanto al tercer cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

6.2.3.1 Ausencia de tipicidad.

6.2.3.1.1 Argumentos de la defensa

Lo primero que aclaró el señor defensor es que el señor alcalde mayor de Bogotá tenía la competencia para declarar la alerta amarilla y adoptar las

[168] Confróntese con los minutos 28 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

medidas preventivas y de control que «considere pertinentes, dentro del marco legal». Al respecto, explicó que la Procuraduría interpretó que existían textos contradictorios en el Decreto 570 de 2012, pero que finalmente el reproche fue «el haber autorizado el uso de volquetas para la prestación del servicio de aseo, conducta que, según la entidad, está prohibida por el artículo (41) del Decreto 948 de 1995 y el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002».

En segunda medida y luego de transcribir apartes de las dos normas en comento, afirmó que en ninguna de ellas se utilizó la terminología utilizada por la Procuraduría alusiva a la «prohibición del uso de volquetas», por lo que la alegada prohibición era el resultado de una interpretación que de dichas normas hacía el ente de control.

Posteriormente y luego de referirse a algunos considerandos del Decreto 570 de 2012, precisó que el artículo 41 del Decreto 948 de 1995, lejos de establecer una prohibición, señalaba las características «que deben tener los vehículos que por su tipología pueda emitir residuos, como podría ser el caso de las volquetas».

En tal sentido, afirmó que el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 establece las características que deben reunir los vehículos destinados a la prestación del servicio de aseo. Sin embargo, añadió que el parágrafo de dicho artículo autoriza a la autoridad competente a utilizar otro tipo de vehículos, cuando por las circunstancias allí señaladas, no sea viable utilizar los equipos descritos en la norma.

Por las anteriores razones, concluyó que los mencionados preceptos no establecieron prohibiciones y que el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 consagra «una autorización de excepción a la regla en cuanto a las características de los vehículos usados en la prestación del servicio de aseo». Que, por consiguiente, era una norma de permisión, la cual admitía interpretación y aplicación por analogía. En tal virtud, señaló que dicha norma autorizaba el uso de otro tipo de vehículos cuando se presentaran circunstancias que no permitieran el uso de vehículos descritos en dicho artículo.

Por último, aseveró que la ciudad enfrentaba circunstancias excepcionales para el 18 de diciembre de 2012, «por la implementación del esquema transitorio del servicio de aseo», sin que existiera norma alguna que regulara expresamente esta situación, en la cual era posible que no se dispusiera de la totalidad de los vehículos de que trata el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 para la prestación del servicio, por lo que, por analogía, era posible recurrir a otro tipo de vehículos, como lo son las volquetas, «las que en su uso se debían ajustar a las previsiones del artículo 41 del Decreto 948 de 1995». En consecuencia, afirmó que el disciplinado no violó ninguna disposición constitucional o legal

«referente a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente».

6.2.3.1.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, es cierto que el señor alcalde mayor de Bogotá tenía la competencia para declarar la alerta amarilla y adoptar las medidas preventivas y de control que considerara pertinentes, pero precisamente con la condición que indica el señor defensor: que ello se hiciera «dentro del marco legal». Así, la utilización de vehículos volquetas que permitió el disciplinado en reemplazo de vehículos compactadores es una situación que estaba por fuera del «marco legal», en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002.

En segundo lugar y en cuanto a que ninguno de los Decretos atrás referidos utilizó la terminología alusiva a la «prohibición del uso de volquetas», la Sala debe reiterar que esos Decretos establecieron las condiciones técnicas y reglamentarias que deben tener los vehículos destinados para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. En tal forma, dichas disposiciones se traducen en una obligación para el servidor público, la cual tiene una doble connotación: es un deber cumplirlos y, al mismo tiempo, es una prohibición inobservarlos. Al igual que el disciplinado, el señor defensor llamó la atención en que en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 no está la expresión «prohibición». Sin embargo, si se observa con atención, esas normas tampoco dijeron que era un «deber», pues, para el servidor público toda norma debe acatarse y le significa, al mismo tiempo, una prohibición incumplirla.

Ahora bien y frente al análisis de las normas que hizo el señor defensor, obsérvese que el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 establece la obligación de cubrir la carga contaminante. Sin embargo, esta fue una norma que se inobservó, pues, al prestarse el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en vehículos volquetas durante el mes de diciembre de 2012, se pudo comprobar que, mientras se recogían los residuos sólidos, era imposible utilizar los mencionados dispositivos protectores, carpas o coberturas. Así lo demuestran los videos obrantes en el anexo n.° 7 de la actuación, en donde los residuos estuvieron expuestos al aire y, encima de ellos, siempre había un operario en medio de las basuras acomodando y literalmente «atrapando» las bolsas que arrojaban sus otros compañeros. Con esto se quiere significar que una cosa es el transporte de residuos sólidos y otra muy distinta es el proceso de recolección por las vías públicas de la ciudad por donde debían utilizarse vehículos compactadores.

Igualmente, no puede aceptarse que para el caso de la ciudad de Bogotá se diera aplicación al parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, pues dicha norma establece lo siguiente:

> Cuando por condiciones de capacidad y dimensiones de las vías públicas, dificultades de acceso o condiciones topográficas no sea posible la utilización de vehículos con las características antes señaladas, la autoridad competente evaluara previo a su ejecución la conveniencia de utilizar diseños o tipos de vehículos diferentes.

De ese modo, la anterior disposición es totalmente improcedente para la situación ocurrida en la ciudad de Bogotá en el mes de diciembre de 2012, pues fácil es concluir que la posibilidad de utilizar vehículos diferentes a los compactadores se puede dar cuando se presenten condiciones especiales relativas a la «capacidad y dimensiones de las vías públicas» o a las «dificultades de acceso o condiciones topográficas», situaciones que por ningún lado observa la Sala, ya que la utilización de volquetas durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 fue para todas y cada una de las zonas de la ciudad de Bogotá en donde el nuevo operador público debía prestar el servicio de aseo, operador que, desde luego, no contaba con los vehículos compactadores.

Así las cosas, en vez de haberse presentado una situación relacionada con la «capacidad y dimensiones de las vías públicas o dificultades de acceso o condiciones topográficas», realmente lo que ocurrió en el presente caso fue la absoluta incapacidad de las entidades del Distrito para prestar el servicio público de aseo en virtud de las decisiones tomadas por el señor alcalde mayor de Bogotá. Si lo que dijeran los sujetos procesales fuera cierto, tendría que concluirse que no había razón para volver a contratar los operadores privados y que la EAAB y Aguas de Bogotá podían haber continuado prestando el servicio público de aseo durante los últimos días del año 2012 y buena parte del 2013 en vehículos tipo volqueta, porque supuestamente así lo permitía el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, tesis que, se repite, es totalmente inaceptable.

En tercer y último lugar, es cierto que la ciudad de Bogotá enfrentó circunstancias «excepcionales para el 18 de diciembre (de 2012) por la implementación del esquema transitorio del servicio de aseo», pero no por una eventualidad o causa extraña que no fuera objeto de regulación de una norma en particular. Por el contrario, esa situación excepcional se dio única y exclusivamente por la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá de asignar la prestación del servicio de aseo de la ciudad de Bogotá a entidades sin la más mínima experiencia y capacidad; así mismo, sin necesidad de acudir a un modelo por fuera de la ley, para supuestamente incluir a la población recicladora, pues está demostrado que había forma de remunerar la actividad

de aprovechamiento, que muchas acciones afirmativas eran de carácter progresivo, que el cumplimiento de otras no dependían de uno u otro modelo y que el reconocimiento y la inclusión de esta población no se excluye con el régimen de libre competencia; igualmente, sin atender ninguna recomendación que las autoridades nacionales y distritales que con el debido tiempo de antelación le hicieron. En últimas, tal decisión se dio por el firme propósito de que operadores privados no continuaran prestando el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, aspecto que lo explica el disciplinado como el objetivo de «descartelizar» la prestación de dicho servicio.

Por lo tanto, si se hubieren atendido las normas de contratación que señalan que no se pueden celebrar contratos con entes carentes de capacidad y experiencia, si se hubieren observado las normas sobre libre competencia, si se hubieren cumplido las normas reglamentarias sobre el uso de vehículos para la prestación del servicio de aseo y si se hubiere acatado tan solo una de las tantas recomendaciones que se le hicieron al señor alcalde mayor, la ciudad de Bogotá no habría sufrido la crisis que vivió en diciembre de 2012; así mismo, se habría evitado un sinnúmero de desgastes administrativos y la inversión de considerables recursos; igualmente, se habrían impedido impactos ambientales; del mismo modo, no se hubiere puesto en riesgo de la prestación del servicio público de aseo, ya que, como se ha venido explicando, en la actualidad la flota nueva de compactadores que compró el Distrito está en un alto riesgo de perderse.

Así las cosas y al igual que la respuesta frente a uno de los argumentos del disciplinado, es inaceptable la analogía que se pretende esbozar para que se acepte que en la ciudad de Bogotá sí se podían utilizar vehículos volquetas a cambio del vehículos compactadores, argumento que además de tratar de minimizar la crisis que vivió la ciudad de Bogotá para el mes de diciembre de 2012, carece del más mínimo fundamento lógico y normativo.

6.2.3.2 Inexistencia de ilicitud sustancial y ausencia de culpa gravísima.

6.2.3.2.1 Argumentos de la defensa

El señor defensor, por un lado, desestimó la ausencia de ilicitud sustancial, nuevamente trayendo a colación aparte de la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional. Por el otro y en la medida en que los argumentos expuestos en relación con este cargo mostraban que la administración distrital tenía una interpretación normativa distinta a la de la Procuraduría, la consecuencia era que esto no podía entenderse como una desatención elemental, por lo cual no había configuración de la culpa gravísima alegada.

6.2.3.2.2 Consideraciones de la Sala.

Frente al anterior cuestionamiento, la Sala debe insistir en que la sentencia C-818 de 2005 se refirió única y exclusivamente al estudio de la constitucionalidad del numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por lo cual dicho pronunciamiento tampoco es aplicable para el análisis del tercer cargo formulado.

Sin embargo, conforme a un interpretación extensiva y analógica, la Sala debe llamar la atención en que la aludida sentencia declaró la constitucionalidad de dicha falta disciplinaria, bajo el entendido de que «la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios».

En el presente caso, la concreción de la falta se determinó con la expedición del Decreto 570 de 2012 por parte del disciplinado, en la medida en que al haber autorizado la utilización de vehículos volquetas ello no estaba conforme a los requisitos establecidos en dos Decretos nacionales, los cuales determinaban que para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá debían utilizarse vehículos compactadores.

Por otra parte y derivado de lo anterior, la conclusión es que el tercero de los cargos formulados no fue una simple «interpretación diferente» por parte de la Procuraduría, pues las normas reglamentarias exigían la utilización de vehículos con determinadas especificaciones técnicas para la prestación del servicio de aseo, situación de la cual la Sala no encuentra cuál otra interpretación razonable pudiera hacerse frente a algo que apenas era obvio y necesario en la capital de la República. Esta afirmación es tan cierta, que el mismo informe de la Secretaría Distrital del Medio Ambiente aportado por el disciplinado estableció que la no recolección de los residuos domiciliarios, quedando por recoger 3.000 toneladas para el día 18 de diciembre de 2012, obedeció a las «dificultades logísticas de Aguas Bogotá» por haberse utilizado volquetas, ya que este automotor «recogía 2,7 toneladas de residuos, frente a las 10 toneladas que en promedio recogía un vehículo compactador».[169]

[169] Confróntese con el documento denominado «Monitoreo y Control Ambiental», que corresponde a un informe técnico sobre el seguimiento realizado por la Secretaría Distrital Ambiental a «las medidas adoptadas por el nuevo modelo de prestación de servicio público domiciliario de ase en Bogotá». Este informe tiene fecha del 14 al 31 de diciembre de 2012, el cual se encuentra en los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación, el cual fue entregado en la diligencia de versión libre y espontánea. Ver específicamente la página 28 de dicho informe, que corresponde al folio 165 del anexo n.° 31, en donde se destaca la falla del operador público.

Por las mismas razones, no puede aceptarse la tesis de la «interpretación diferente» para desvirtuar la culpa gravísima, pues esta está soportada en varios indicios que obran en el expediente. En efecto, el señor alcalde mayor de Bogotá tenía la capacidad para entender que para la prestación del servicio público de aseo tenían que utilizarse vehículos compactadores, pues, entre otras cosas, el disciplinado estuvo al tanto de la importación de los vehículos alquilados con el gerente de la EAAB DIEGO BRAVO, aunque fue una medida que no sirvió para resolver la crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá en el mes de diciembre de 2012. De la misma manera, su formación profesional y el cargo que ocupaba son indicativos de que el disciplinado podía comprender que para prestar el servicio de aseo se tenían que utilizar vehículos con dichas condiciones reglamentarias, por lo que este era un aspecto sustancial a tener en cuenta antes de proferir el acto administrativo que autorizó el uso de vehículos tipo volqueta. Además, teniendo en cuenta que la forma de prestar el servicio de aseo es un asunto reglado, para la Sala los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002 fueron desconocidos manifiestamente, pues ni siquiera fueron tenidos en cuenta en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, como para pensar en la posibilidad de una errada interpretación. Por el contrario, estos decretos eran disposiciones específicas que tenían un carácter de norma nacional, que estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y que, incluso, se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá.[170]

6.2.3.3 Respecto del riesgo ambiental y el peritaje.

6.2.3.3.1 Argumentos de la defensa

En primer lugar y luego de que se citaran apartes de algunas medidas adoptadas por el Decreto 570 de 2012, el señor defensor refirió que el mismo día de expedición de este acto (14 de diciembre de 2012) se presentó un documento técnico que definió los impactos y condiciones ambientales «adecuadas de operación del componente de transporte y recolección del servicio de aseo mediante el uso transitorio de volquetas, por el término de duración de la alerta amarilla, de cuatro meses». Así mismo, que en días posteriores se expidió la Resolución 1750 de 17 de diciembre de 2012, por medio de la cual se definieron unos lineamientos ambientales de la alerta amarilla ordenada mediante el Decreto 570 de 2012.

En tal sentido, el señor abogado defensor precisó que en desarrollo de esas normas señaladas se generaron una serie de actividades para el debido y correcto cumplimiento de las medidas de prevención y mitigación de impactos ambientales en el transporte de residuos sólidos urbanos en la ciudad de

[170] Confróntese en http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1479 y http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5542

Bogotá, capacitación de los transportadores operativos de recolección de residuos, acompañamiento a operativos de recolección de basuras en puntos críticos, como la localidad de Los Mártires, revisión de los vehículos para el operativo en puntos críticos de la ciudad, y el monitoreo y control ambiental, entre otras.

En segundo lugar y luego de que trajera a colación los resultados de un monitoreo que la UAESP efectuó al relleno sanitario de Doña Juana en el mes de diciembre de 2012, explicó que «antes del vencimiento de los contratos de concesión, los operadores dejaron de recolectar residuos sólidos, con lo cual se colocó a la ciudad en riesgo y se afectó el proceso de recolección que inició el 18 de diciembre de 2012, conducta irregular que debe ser investigada por las autoridades competentes por configurar la comisión de posibles ilícitos a la salud pública».

Relacionado con este mismo aspecto, criticó que la Procuraduría haya afirmado que era previsible que un concesionario, en los días previos a la terminación del contrato, no cumpliera debidamente sus obligaciones, como si esta conducta fuera justificable. Cuestionó que, por el contrario, se le imputara la responsabilidad por el incumplimiento del contrato a la UAESP, pues si los concesionarios se abstuvieron de cumplir debidamente sus obligaciones cualquier riesgo ambiental generado solo se les podía imputar a ellos y no a la administración distrital.

En tercer y último lugar, argumentó que a partir del 18 de diciembre de 2012 la EAAB comenzó a prestar el servicio de aseo y en su gestión no se tardó más de 72 horas para la recolección de la basura, por lo cual, desde el momento en que asumió la responsabilidad, no incurrió en conductas que causaran un daño ambiental. Agregó que el informe técnico sobre el seguimiento realizado por la SDA a las medidas adoptadas por el nuevo modelo de prestación de servicio público domiciliario de aseo en Bogotá se realizó una detallada medición del posible impacto ambiental del esquema transitorio del aseo entre el 14 al 31 de diciembre de 2012.

Al respecto y sobre los impactos y amenazas ambientales, el señor defensor destacó lo siguiente:

> En cuanto a la **Recolección de residuos domiciliarios**, en la operación de recolección de residuos del día 18, una vez finalizado el día, quedaron por recoger 3.000 toneladas de residuos, producto de lo que no se recogió el día 17 y de las dificultades logísticas de Aguas Bogotá antes mencionadas (incluidas las toneladas de basuras no ingresadas al relleno), ya que el día 18 solo se recogieron por cada volqueta 2,7 toneladas de residuos, frente a las 10 toneladas en promedio de vehículo compactador.

Esto evidenciado en que sólo el día 18 entró al Relleno Sanitario Doña Juana, 4.173 toneladas.

Así, teniendo un retraso en recolección el día 19 se proyectó que se tendría al finalizar el día unas 6000 toneladas dispuestas en calle sin recoger, un día de operación completo. **El impacto más significativo es ese instante era el visual y pasadas 48 horas se comenzaron a generar olores por la descomposición de los residuos domiciliarios**, ya que cerca del 65 - 70% de estos residuos son de naturaleza orgánica. Estos impactos se hicieron más significativos en las localidades de Teusaquillo y Chapinero ya que tuvieron los tiempos más altos de espera en la recolección.

Respecto a la **Generación de vectores de enfermedades, afectación a Sumideros y Afectación a la EEP,** se puede asegurar **que no se constituyeron en impactos ambientales, sino que fueron amenazas potenciales,** por cuanto la situación se logró estabilizar, esto con base en que no se pudieron generar vectores de enfermedades, específicamente la incubación de la larva de la mosca común, por cuanto no hubo en la ciudad residuos dispuestos en la calle 72 horas; no se afectaron sumideros de agua lluvia, ni hubo desbordamiento de quebradas o canales según lo reportado por la EAAB, y no se afectó la EEP por la coordinación de las entidades competentes y la vinculación de las comunidades de áreas aledañas, que permitieron la reacción inmediata en términos de mitigación de posibles impactos.

(…)

En relación con el **Barrido y Limpieza en Calle,** se puede asegurar, **que no se constituyeron impactos ambientales, sino que fueron amenazas potenciales,** porque según el reporte de la red de calidad del Aire de la Subdirección, presentado por la Subdirección de Calidad del Aire, Auditiva y Visual - SCAAV para el período comprendido entre el 1 y el 27 de Diciembre de 2012, sólo se han generado 5 días de excedencia de la norma, en puntos de monitoreo de estaciones de la red, en donde históricamente siempre se han presentado excedencias porque se ubican sobre vías principales, las estaciones de Carvajal, sobre la **Autopista Sur y Kennedy,** lo anterior, comparado en el mismo período de tiempo en el año inmediatamente anterior, del 1 al 27 de diciembre de 2011, el cual muestra que en el 2011 hubo más días de excedencia de la norma en estas mismas estaciones.

Es importante aclarar que las estaciones que reportan 5 días de excedencia en diciembre de 2012, están ubicadas en localidades en donde **no hubo disminución en las frecuencias de recolección, barrido y limpieza,** pues éstas son operadas por Ciudad Limpia, empresa que no tuvo cese en la operación.

De la misma forma, en Bogotá, se notifican de manera semanal por medio del Sistema de Vigilancia en Salud Pública del Distrito los casos de Enfermedad Respiratoria Aguda, en todos los grupos de edad, en el período comprendido entre el 1 y 22 de Diciembre de 2012, que corresponde a las semanas epidemiológicas 49, 50 y 51 se reportaron un total de 69541 casos de Enfermedades Respiratoria Agudas - ERA en Bogotá, comparado con el año 2011, que en el mismo período se notificaron 66816 casos, presentando un comportamiento similar entre los períodos analizados.

Finalmente, frente al **Transporte de Residuos,** se puede asegurar **que no se constituyeron impactos ambientales sino que fueron amenazas potenciales,** esto dado por la entrada de operación de Aguas de Bogotá, operador que utilizó volquetas para la recolección, los residuos no fueron compactados mecánicamente y los tiempos de residencia de los residuos fueron menores, comparados con los de los compactadores, ya que por su capacidad llegaban rápidamente a llenado completo, 2,7 toneladas frente a 10 toneladas respectivamente, que no se generaron escurrimientos, ni lixiviados en vías, que generaran un impacto ambiental.

En suma, **salvo el impacto visual y la generación de olores ofensivos en algunas zonas** de la ciudad, **no se configuró un impacto ambiental,** por la transición del modelo de recolección de residuos, **sino que fueron amenazas potenciales,** las cuales se atendieron debida y oportunamente por la Administración Distrital.

(Negrillas utilizadas por el señor defensor. Subrayado fuera de texto utilizado por la Sala).

6.2.3.3.2 Consideraciones de la Sala.

Conforme al orden de las razones presentadas a manera de exculpación, la Sala debe poner de presente que el primer argumento referido por el señor defensor corrobora de cierto modo la desatención elemental frente al tercero de los cargos formulados. En efecto, se esgrime un documento técnico que en su criterio justificaba el «uso transitorio de volquetas», pero que en ningún momento tuvo en cuenta las previsiones contempladas en los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2000. Además, con un agravante que no pasa desapercibido: la utilización de vehículos volqueta, en virtud de la alerta amarilla, se extendía por el término de cuatro meses, tal y como lo dispuso el Decreto 570 de 2012. Si está demostrado que la grave crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá ocurrió durante tres días en que se dejaron de recoger un número cercano entre seis mil y nueve mil toneladas de residuos sólidos, aproximadamente, la Sala se pregunta qué hubiese pasado si el servicio de aseo se hubiere prestado en todas las zonas de las ciudad de Bogotá en únicamente vehículos tipo volquetas durante el término autorizado en dicho Decreto.

Afortunadamente y con el fin de resolver la crisis en la que ya estaba inmersa la ciudad de Bogotá, se contrató nuevamente a los operadores privados quienes sí contaban con la experiencia y la capacidad mínima requerida para prestar el servicio de aseo, muy a pesar de que el Distrito ya había gastado cuantiosos recursos en estudios, contratos interadministrativos, compra de vehículos y arrendamiento e importación de otros. En tal forma, las denominadas «medidas de prevención y mitigación de impactos ambientales en el transporte de residuos sólidos urbanos en la ciudad de Bogotá, la capacitación de los transportadores operativos de recolección de residuos, y el acompañamiento a operativos de recolección de basuras en puntos críticos» no fueron suficientes para que las entidades del Distrito prestaran de forma al menos aceptable el servicio de aseo en la ciudad capital, pues durante los días de la crisis en la calles de la ciudad permanecieron un número descomunal de basuras dejadas de recoger.

En segunda medida y conforme a unas mediciones de relleno sanitario de Doña Juana, los sujetos procesales han pretendido demostrar que durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 los operadores privados dejaron de dejaron de recoger residuos sólidos, con lo cual se colocó a la ciudad en riesgo, y se afectó el nuevo modelo de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

De ese modo, el anterior argumento de defensa no puede ser aceptado por varias razones.

En primer orden, el supuesto número de residuos que no se recogieron durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 nunca podrá equipararse al dejado por las calles de la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Las mediciones que efectuó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dicen que entre los días 18 y 19 de diciembre se dejaron de recoger aproximadamente seis mil toneladas, sin contar las dejadas de recoger el día 20 de diciembre de 2012. Estas cifras jamás se dejaron de recoger durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, pues la excepcionalidad y la anormalidad de la prestación del servicio fue captada por todo el país a partir del día en que el operador público asumió la prestación del servicio de aseo.

En segundo orden, no es explicable, si supuestamente los operadores privados dejaron de recoger un número inusual de basuras durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, que la misma UAESP haya decretado una urgencia manifiesta el día 17 de diciembre de 2012 que tenía como objetivo poder contar nuevamente con la prestación del servicio por parte de los operadores privados. Es decir, sería absolutamente contradictorio que las entidades del Distrito expidieran un acto administrativo con miras a contratar nuevamente a

quien había demostrado supuestamente graves incumplimientos. En otras palabras, lo lógico era que se tomaran las medidas administrativas en el marco de los contratos que habían terminado, y no que se terminara «premiando» un supuesto incumplimiento con el otorgamiento de nuevos contratos.

En tercer orden, tampoco es comprensible, si supuestamente los operadores privados dejaron de recoger un número inusual de basuras durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, que el operador público no haya podido recoger ni las basuras dejadas de recoger los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 ni las generadas durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del mismo año. Es decir, que a mayor número de basuras por las calles, sustancialmente fuera menor las cifras que en promedio ingresaban al relleno sanitario. La explicación de la incapacidad del operador público para recoger unas u otras es más que obvia: no contaban con los equipos mínimos requeridos para prestar el servicio, específicamente con los vehículos compactadores, y justamente esto obligó al Distrito a que nuevamente contratara a los operadores privados.

En cuarto y último orden y en la medida en que las anteriores conclusiones están soportadas con los medios de prueba obrantes en la actuación, resulta ajustada y creíble la versión ofrecida por los declarantes OSCAR SEBASTIÁN ALESSO y TULIO EDUARDO SARMIENTO, representantes legales de las empresas ASEO CAPITAL S. A. E. S. P. y LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S. A. E. S. P., respectivamente, en cuanto a la explicación del porqué las cifras de los periodos comprendidos entre el 13 y 17 de diciembre del año 2011 y entre el 13 y 17 de diciembre del año 2012 no son iguales. Las afirmaciones de estos dos testigos se resumen en el siguiente cuadro, contenido en un documento suscrito por ellos, y ratificado y explicado en cada una de sus declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento:[171]

Año 2011 **(Periodo comprendido entre el 13 y 17 de diciembre)**	**Año 2012** **(Periodo comprendido entre el 13 y 17 de diciembre)**
El periodo comienza un día martes y termina un día sábado, es decir que comprende cinco (5) días hábiles de operación normal (no se presentaron días domingos ni festivos.	El periodo comienza un jueves y termina un lunes, es decir que comprende cuatro (4) días normales de operación, y un domingo, día de menor operación (Solo se atienden zonas comerciales y vías principales).
El día viernes 16 de diciembre no es comparable con el día domingo, porque la operación de los viernes se realiza de forma normal cubriendo las frecuencias establecidas, ya sea lun-mier-vier o	El día domingo 16 de diciembre la operación del servicio se reduce significativamente, comparable con cualquier otro día de la semana, específicamente respecto de estas fechas

[171] Confróntese con los folios 1467 a 1478 del cuaderno original n.° 6 de la actuación y con los DVD de grabación de cada una de estas declaraciones, obrante en el anexo n.° 42.

sectores de atención especial.	se genera una diferencia de 3381 ton. (Fuente R. S. Doña Juana).
El día martes 13 de diciembre no es comparable con el día jueves, pues según registros históricos de la prestación del servicio, el martes presenta mayor producción de residuos por acumulación de tres días (Domingo-Lunes-Martes).	El día jueves (13 de diciembre) solo presenta acumulación de dos días (Miércoles – Jueves), lo que genera una diferencia aproximada de 1.714 ton. Menos que en la misma fecha del año anterior. (Fuente R. S. Doña Juana).
El día sábado 17 de diciembre no es comparable con el día lunes del año siguiente, debido a que los turnos de prestación del servicio se realizaron completos (24 horas) hasta su culminación. Para el caso del 17 de diciembre, hasta horas de la madrugada del día 18 de diciembre, en que aún se realizó disposición final de residuos.	El día lunes 17 de diciembre no es comparable con el sábado del año anterior, teniendo en cuenta que por orden expresa de la UAESP, contenida en correo electrónico remitido por la funcionaria Diana Perdomo el 17 de diciembre de 2012 en horas de la tarde, se informó la necesidad de ajustar los turnos, por cierre del relleno sanitario a las 24:00 horas, por lo que parte importante de las rutas previstas para dicho turno no pudieron culminarse, razón por la cual, la cantidad de residuos dispuesta en esa fecha presenta disminución en cantidad de toneladas. Esta comparación generó una diferencia de 1.164 ton.
Cuatro (4) empresas (CIUDAD LIMPIA, ATESA, ASEO CAPITAL y LIME) prestaron el servicio con normalidad y sin interrupciones, de manera continua las 24 horas del día sábado 17 de diciembre.	Solo dos (2) empresas (CIUDAD LIMPIA y ATESA) tuvieron autorización de acceso al relleno sanitario de manera continua, LIME y ASEO CAPITAL tuvieron restricción de acceso desde las 00:00 horas del 18 de diciembre hasta la madrugada del 20 de diciembre, lo que generó alteración significativa de un servicio que se venía prestando durante 24 horas.

En ese orden de ideas, no es creíble la tesis expuesta por los sujetos procesales de que la crisis que se presentó durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 obedeció a un número inusual de basuras dejadas de recoger por los operadores privados los días anteriores, pues si bien pudieron presentarse reducciones ellas no fueron considerables, se debieron a otros factores y, en todo caso, la falta de capacidad del operador público fue evidente, demostrada hasta por las mismas pruebas aportadas por el disciplinado, y todo ello aunado a que el señor alcalde mayor de Bogotá permitió la prestación del servicio en vehículos volqueta.

Por último, la Sala nuevamente debe ocuparse del planteamiento del señor defensor a que según el informe de la Secretaría Distrital del Medio Ambiente no hubo impactos ambientales. Para ello, trajo a colación algunos apartes relacionados con las conclusiones de dicho documento.

Sin embargo, si se observa con atención dicho documento, se llegará a una conclusión completamente distinta a la expuesta por el señor abogado del disciplinado. En efecto, el mismo documento determina que sí hubo impactos ambientales, entre ellos los visuales y de malos olores.

Ahora bien, el aspecto de desacuerdo estriba en que para los sujetos procesales estos impactos no fueron importantes, pero para la Sala sí está acreditado que ellos pusieron en riesgo la salud humana y el medio ambiente. Para corroborar esta aseveración, recordemos los siguientes aspectos probatorios:

a. Análisis del documento «Monitoreo y Control Ambiental» elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá, confrontado con la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

Este informe tiene fecha del 14 al 31 de diciembre de 2012,[172] el cual fue entregado en la diligencia de versión libre y espontánea por parte del investigado y cuya elaboración estuvo a cargo del señor JULIO CÉSAR PULIDO, encargado del manejo del Sistema de Riesgos para el momento de los hechos y persona que fue escuchada en diligencia de declaración.

Sin embargo, debe resaltarse que en el referido documento se concluyó lo siguiente:[173]

Recolección de residuos domiciliarios	**Barrido y limpieza en la calle**	**Transporte**
1. Se presentó un **impacto** visual por no recolección de basuras. 2. Se presentó un **impacto** consistente en la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad. 3. En cuanto a generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), no se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**

[172] Confróntese con los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación.
[173] Conforme a las páginas 28, 31 y 32 del referido informe, que corresponden con los folios 165, 168 y 169 del anexo n.° 31 de la actuación.

Así las cosas, se tiene que frente a la primera actividad (Recolección de residuos domiciliarios) se presentaron dos impactos: uno visual y en el otro relacionado con la generación de olores ofensivos. En cuanto a la generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), el informe dijo que no se ocasionaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales». En cuanto a las dos restantes actividades (Barrido y limpieza en la calle y Transporte), el informe señaló que no se presentaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales».

De esa manera, debe recordarse que los resultados de dicho informe fueron los siguientes:

1. No hubo daños ambientales.

2. Se presentaron dos impactos ambientales: el primero, al que se denominó visual, por la no recolección de basuras, mientras que el segundo lo fue por la generación de olores ofensivos en algunas partes de la ciudad.

3. Se presentaron tres tipos de «amenazas potenciales», una por cada actividad (Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte).

4. El informe no definió qué es la «amenaza potencial». Solo definió los conceptos de «amenaza» y «riesgo», a partir de la Resolución 004 de 2009 del FOPAE. En cuanto a la «amenaza», señaló que era una «condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que puede causar daño a la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada. Es un factor de **riesgo** externo». (Negrilla fuera de texto). En cuanto al riesgo se dijo que era «el daño **potencial** que, sobre la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada, pueda causarse por la ocurrencia de amenazas de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que se extiende más allá de los espacios privados o actividades particulares de las personas y organizaciones y que por su magnitud, velocidad y contingencia hace necesario un proceso de gestión que involucre al Estado y a la Sociedad». (Negrilla fuera de texto).

5. Existe una equiparación entre «amenaza potencial» y «riesgo». Es decir, por cada una de las actividades, se presentó un tipo de riesgo. Ello es así por lo siguiente: (a) En la definición del concepto «amenaza» se dice que es un «riesgo externo»; es decir, la sola «amenaza» es ya, en sí

misma, un riesgo; (b) En el concepto de «riesgo» se afirma que este es «potencial», cualidad que el mismo informe le da a lo que se denomina como «amenaza potencial»; (c) En el informe se dice que se presentaron tres «amenazas potenciales»; es decir, tres «riesgos externos» y además «potenciales»; por ende, existe un estrecha relación entre los conceptos de «amenaza potencial» y «riesgo».

En ese orden de ideas, el mismo informe citado por lo sujetos procesales ratifica que durante los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá y con relación a la prestación del servicio público de aseo sí se presentó un «riesgo», consistente en la ocurrencia de dos impactos ambientales y tres riesgos por cada actividad del servicio público de aseo, entre ellas la Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte.

De esa manera, se debe recordar que los impactos ambientales del informe técnico de la Secretaría Distrital del Ambiente (que en su sentir no fueron daños ambientales) concuerdan con la mayoría de las conclusiones de la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en la cual se determinó que sí hubo impactos ambientales, asociados, entre otros, a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos, y a los demás tipos de riesgo que se presentaron, especialmente los relacionados con causas potenciales de enfermedades, los riesgos presentados por la utilización de volquetas y aquellos que pudieron ser una amenaza de contaminación del aire, el agua y el suelo.[174]

Así las cosas, el desacuerdo entre el dictamen pericial practicado por la Dirección Nacional de Investigación Especiales y el informe de Control y Monitoreo —prueba documental que allegó el disciplinado— es que en el primero se dice que «hubo un grave daño al medio ambiente», mientras que en el documento elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental se asegura que no hubo daño, sino ciertos tipos de impactos ambientales y amenazas potenciales.

Sin embargo, la conclusión razonable es que, en virtud de las dos pruebas referidas, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, el cual, para la prueba pericial, fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito.

En tal forma, conforme a las dos pruebas que obran en la actuación, está demostrado el elemento «riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente» que tiene la condición de ingrediente especial del tipo disciplinario

[174] Confróntese con los folios 30 a 35 del anexo n.° 17 de la actuación.

contenido en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. Por ello, no puede ser de recibo la tesis expuesta por los sujetos procesales de que no hubo «daños ambientales» durante los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, pues como mínimo, según las pruebas señaladas, sí hubo un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito.

b. La declaración del señor JULIO CÉSAR PULIDO, persona que elaboró el documento «Monitoreo y Control Ambiental» elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá.

Como se ha venido exponiendo, este testigo ratificó que fue él quien elaboró, en compañía de otros funcionarios, el informe presentado por el disciplinado. Así, la mayoría de sus respuestas y apreciaciones consistieron en que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no hubo impactos ambientales, salvo dos, y que las circunstancias que rodearon el inicio de la nueva prestación del servicio de aseo no fueron tan considerables como la mayoría de las autoridades lo estimaban.[175]

Sin embargo, recuérdese las respuestas ofrecidas en la última parte de su declaración:

> **PREGUNTA:** «En el informe que usted presentó, se dice que en cuanto a la recolección de residuos domiciliarios, se presentó un impacto visual por no recolección de basuras. Es lo que usted llama el riesgo o impacto de paisaje o paisajístico (…) ¿Ese impacto visual por no recolección de basuras en el componente de recolección de residuos domiciliarios fue positivo o fue negativo?» **CONTESTÓ: «Negativo». PREGUNTA:** «¿Qué tipo de intensidad, en la medida en que según registros de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, durante el 18 y 19 de diciembre se dejaron de recoger en la ciudad de Bogotá un número aproximado de 5.800 toneladas de basuras?» **CONTESTÓ:** «No tengo metodología para poder medir la magnitud». **PREGUNTA:** «En cuanto a la recolección de residuos domiciliarios, en su informe se dice: se presentó un impacto consistente en la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad. ¿Ese tipo de impacto es positivo o negativo?» **CONTESTÓ: «Negativo». PREGUNTA:** «Qué intensidad tiene el impacto consistente en la generación de olores ofensivos, teniendo en cuenta que durante los días 18 y 19 de diciembre se dejaron de recolectar un número aproximado de 5.800

[175] Conforme a la declaración del señor JULIO CÉSAR PULIDO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.

> toneladas de basuras?» **CONTESTÓ:** «No hay base técnica para poder hacer el cálculo».[176]

De esa manera, los dos impactos ambientales consistentes en la no recolección de basuras y los olores ofensivos, que según el informe fueron los únicos que se presentaron, tuvieron la condición de impactos «negativos», en criterio del mismo declarante. Sin embargo, otro asunto es que el ingeniero PULIDO haya dicho que «no tenía la metodología para poder medir la magnitud y que no había base técnica para poder hacer el cálculo» de esos impactos ambientales.

Por ello, la Sala quiere llamar la atención en que el testigo JULIO CÉSAR PULIDO señaló que solo era impacto ambiental aquel que por criterios de magnitud, extensión e intensidad pudiera calificarse de esa manera.[177] En tal sentido, en virtud de todas las explicaciones que ofreció este testigo y en cuanto a los impactos ambientales, ocurrió lo siguiente:

1. No se presentaron impactos ambientales, salvo el visual o paisajístico por no recolección de basuras y el impacto de olores ofensivos.

2. Los anteriores impactos fueron negativos.

3. Como no hay metodología y base técnica, no se hizo el cálculo de la magnitud de esos impactos ambientales.

4. Para determinar la calidad de impacto ambiental, se debe tener en cuenta la magnitud, intensidad y extensión.

Tal y como se ha dicho, esta explicación del testigo concuerda con algunas conclusiones del dictamen pericial elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de que sí hubo impactos ambientales, los cuales fueron de carácter negativo. Pero, para determinar si ellos son «considerables», el ingeniero PULIDO afirmó que se debía acudir a la magnitud, intensidad y extensión, algo que según él no se pudo hacer porque no había base técnica, situación sobre la cual le quiere restar trascendencia a lo ocurrido durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Pues bien, en este aspecto es donde la Sala le da crédito a la prueba pericial en el sentido de que esos impactos sí afectaron al medio ambiente, pues por la «magnitud, extensión e intensidad» ―criterios esbozados por el testigo― está demostrado que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre

[176] Ibídem. Minutos 1.13 del primer archivo de la declaración.
[177] Ibídem. Minutos 1.03 del primer archivo de la declaración.

de 2012 se dejaron de recoger entre 6.000 y 9.000 toneladas de basura en la ciudad de Bogotá.

Ahora bien, el dictamen pericial no estuvo soportado en una simple «percepción» como lo dio a entender el testigo PULIDO,[178] sino en criterios técnicos, medibles y cuantificables, pues dicha experticia se basó en los informes de diferentes funcionarios que captaron en tiempo real las basuras dejadas de recoger en muchas zonas de la ciudad y principalmente en los informes que hizo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la cantidad de residuos que dejaron de ingresar al sitio de disposición final. Esta es una gran diferencia entre el dictamen pericial y el monitoreo realizado por la Secretaría Distrital del Medio Ambiente, y más cuando el testigo aclaró lo siguiente: «no tengo monitoreo del día 17 o del día 18 de cómo estaban los puntos críticos».[179] Por eso, el ingeniero PULIDO precisó que la actividad de seguimiento por la no recolección de basuras se comenzó a partir del día siguiente de la operación; es decir, desde el 19 de diciembre de 2012, y no desde el día 18 del mismo mes y año cuando se cambió el modelo de prestación del servicio.

Adicionalmente, este declarante agregó que en el componente de barrido y limpieza en las calles se dieron únicamente amenazas potenciales, reconociendo que ello era una condición de riesgo. Así, frente a la pregunta de si la amenaza potencial mencionada en el informe era sinónimo de riesgo, contestó lo siguiente:

> Voy a leerle exactamente lo que dice la norma. «**Amenaza:** condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, **que puede causar daño a la población y a sus bienes, o a su infraestructura o al ambiente.** Y Riesgo: **el daño potencial que** sobre la población, sus bienes e infraestructura **se pueden causar**». Cuando hicimos el tema de monitoreo, **lo que identificamos fueron los riesgos que podía tener Bogotá por la acumulación de basuras,** que fueron los que ya le he enlistado ampliamente, y eso fue lo que monitoreamos. **Lo que vimos es que esos riesgos latentes y las amenazas que había no llegaron a consolidarse en impacto ambiental, salvo en las dos situaciones que usted mencionó, pero no pudimos llegar al siguiente nivel que era poder identificar su intensidad y su extensión»**.[180]

[178] Ibídem. Minuto 7 del segundo video de la declaración.
[179] Ibídem. Minuto 1.25 del primer video de la declaración.
[180] Ibídem. Minuto 1.16 del primer video de la declaración.

Conforme a la anterior respuesta la conclusión es obvia: sí se presentaron varios riesgos por la acumulación de basuras, aunque, según el testigo, no llegaron a consolidarse en impactos ambientales, salvo las dos situaciones relacionadas con los olores ofensivos y el impacto visual, que en otros apartes de la declaración los califica como de negativos. Y de estos dos impactos, el testigo no dice que no fueron considerables o importantes, sino que no se pudieron calcular conforme a los criterios de intensidad y extensión, algo que, por el contrario, sí pudo medir el dictamen pericial que obra en el proceso.

Por tanto, debe insistirse en que aun cuando se trató de un testigo que quiso minimizar lo ocurrido durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, de su declaración sí se puede corroborar que hubo riesgos considerables e impactos que afectaron el medio ambiente. Por ello, la desatención elemental está acreditada al haberse permitido el uso de vehículos tipo volqueta para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, ya que esta fue una de las situaciones que contribuyó a que se dejaran de recoger considerables cantidades de residuos en los días referidos. Y esta conclusión es tan cierta que dicha apreciación concuerda con uno de los apartes del informe elaborado por el señor JULIO CÉSAR PULIDO, al decirse que los hechos que sucedieron durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 se debieron a las fallas logísticas del nuevo operador público encargado de asumir la prestación del servicio,[181] falencias entre las que se encuentran el no haber contado con los vehículos compactadores a tiempo.

En consecuencia, la conducta del disciplinado, consistente en haber permitido la utilización del volquetas para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, por la vía del referido decreto, sí puso en grave riesgo la salud humana y el medio ambiente en los términos previstos en la falta disciplinaria contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

6.2.4 Argumentos del señor defensor comunes a los tres cargos formulados.

6.2.4.1 Margen en la interpretación normativa del funcionario público.

6.2.4.1.1 Argumentos de la defensa

El señor defensor señaló que el funcionario administrativo, en el ejercicio de sus funciones, aun de las regladas, tiene un margen de interpretación razonable de la Constitución y la ley, como quiera que, ni la una ni la otra, regulan en forma precisa y concreta cada una de las situaciones y eventualidades sobre las que

[181] Confróntese con la página n.° 28 del informe de monitoreo, que corresponde con el folio 165 del anexo n.° 31 de la actuación, como pruebas aportadas por el disciplinado en su versión.

el operador administrativo debe decidir y gestionar. Por ello, agregó que ante las situaciones fácticas y de gestión que debe abordar y resolver día a día, el administrador puede y debe valorar el conjunto normativo —constitucional, legal y administrativo— para adoptar las decisiones que en el marco de sus competencias le correspondan. Para ello, citó apartes de la sentencia SU-1122 de 2001 de la Corte Constitucional.

Relacionado con dicho cuestionamiento, aseveró que «en la totalidad de los cargos imputados al doctor Gustavo Francisco Petro Urrego se observa que la Procuraduría hace una interpretación de las actuaciones y decisiones cuestionadas y de las normas jurídicas que considera vulneradas», en tanto que el disciplinado presentó otra interpretación y lectura razonable de las actuaciones de la administración distrital, de las entidades descentralizadas y de la suya propia, dentro del marco constitucional y legal.

Para demostrar lo anterior, destacó como prueba de la interpretación diferente y razonable el contenido del auto de 20 marzo de 2013 del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá y de la providencia de 22 de marzo de 2013 del Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad- Sección Segunda, cuyos contenidos mostraban una postura diferente a la de la Procuraduría y más cercana a la que tiene el alcalde mayor.

Por último, el señor abogado criticó que la Procuraduría haya hecho en el pliego manifestaciones sobre la forma en que, en su criterio, debió actuar la administración distrital y, en particular, el disciplinado, aseveraciones que no eran propias y acertadas para esta entidad que, ciertamente, «no está llamada a coadministrar ni tiene competencia para invadir las competencias ya autonomía de otras autoridades públicas».

6.2.4.1.2 Consideraciones de la Sala

Frente al cuestionamiento común a los tres cargos formulados, la Sala debe decir que es cierto que el funcionario administrativo tiene un margen de interpretación razonable conforme a lo establecido en la Constitución y en la ley. Pero esto no significa que dicho margen de interpretación se pueda equiparar con el desconocimiento de las cuestiones básicas de la función administrativa, en especial cuando ellas están relacionadas en el cumplimiento de las reglas contractuales, constitucionales y las concernientes con el medio ambiente. En tal sentido, no es cierto que los asuntos relacionados con la presente actuación disciplinaria no tenían «regulación en forma precisa y concreta», pues los contratos interadministrativos los debe suscribir las autoridades con entidades que tengan la experiencia y capacidad mínima requerida para cumplir con las obligaciones derivadas con dicho acuerdo de voluntades, tal y como lo disponen las normas del estatuto de contratación. Así mismo, el principio de libertad de empresa no solo está contenido en la ley de

servicios públicos, sino que es un principio de orden constitucional de ineludible cumplimiento. Por ello se presentó un excepcional esfuerzo de todas las entidades para prevenir y alertar al señor alcalde mayor de Bogotá de que con sus decisiones posiblemente se iba a afectar dicho principio, advertencias que provenían de entidades especializadas como lo era la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Igualmente, además de la normatividad reglamentaria que existía sobre la materia, la lógica y el sentido común indicaban que el servicio público de aseo en la capital de la República tenía que prestarse con automotores especiales como los vehículos compactadores, como desde años atrás se venía cumpliendo.

Por otra parte, el señor defensor circunscribió el referido margen de interpretación a las situaciones fácticas y de gestión que se deben «abordar y resolver día a día», como si el cambio de esquema en la prestación del servicio de aseo hubiese sido un hecho eventual o esporádico que le surgió de un momento a otro al señor alcalde mayor de Bogotá. Al respecto, debe decirse que dicha apreciación no es acertada, pues desde el primer semestre del año 2012 y de manera constante en el segundo semestre del mismo año varias entidades del orden nacional y distrital dirigieron sus esfuerzos para hacerle saber a la administración de Bogotá, en cabeza de su alcalde mayor, que la decisión de asignar la prestación del servicio de aseo a entidades del distrito era a todas luces equivocada. En efecto, los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 así lo demostraron. Adicionalmente y al margen de la grave crisis que enfrentó la ciudad, la administración distrital cometió una serie de irregularidades y desgastes administrativos que significaron la inversión de cuantiosos recursos innecesarios; incluso, hoy en día, la flota de compactadores y demás vehículos adquiridos por el Distrito está en alto riesgo de perderse, situación que de llegarse a presentar acrecentaría las nocivas consecuencias en virtud de las decisiones tomadas por el mandatario distrital.

Por su parte, la supuesta «interpretación diferente y razonable» por parte de algunas autoridades judiciales administrativas, que negaron la medida de suspensión provisional del Decreto 564 de 2012, estaría únicamente relacionada con el segundo cargo formulado. No obstante, se ha explicado que ese análisis es diferente a la comprobación de la responsabilidad disciplinaria, entre otras razones porque la verificación de la legalidad de un acto administrativo obedece a una lógica distinta, en la medida en que dicha jurisdicción es rogada y la presunción de legalidad del acto atacado depende necesariamente de los planteamientos expuestos en las respectivas demandas.

Por las razones señaladas, no es cierto, entonces, que los reproches formulados al disciplinado se hayan equiparado a la «forma como debió actuar la administración distrital y, en particular, el disciplinado», pues de lo que se trató fue de una acusación soportada en todos los medios de prueba allegados

en la actuación, que hasta el momento concuerda con los señalamientos efectuados en las múltiples quejas de ciudadanos y diferentes autoridades, por considerar que las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá habrían sido irregulares con graves consecuencias adversas para la ciudad capital.

6.2.4.2 Causales de exclusión de responsabilidad.

6.2.4.2.1 Argumentos de la defensa

El señor defensor propuso como argumentos de exculpación dos causales de ausencia de responsabilidad: en estricto cumplimiento de un deber legal y el error invencible.

En cuanto a la primera de ellas, manifestó que la administración distrital, conforme a «los artículos 49, 311, 365 a 368 de la Constitución Política, los artículos 38, 39 y 163 del Decreto Ley 1421 de 1993, los artículos 2 y 5 de la Ley 142 de 1994, entre otros,» tenía el deber de garantizar la prestación del servicio de aseo.

Así mismo, dijo que la ciudad de Bogotá enfrentaba una situación excepcional originada en la terminación de los contratos de concesión de aseo suscritos con los operadores privados y en el deber inaplazable e ineludible de cumplir las órdenes dadas por la Corte Constitucional. Por ello precisó que en este «estado de necesidad» y con el único propósito de dar cumplimiento de estos deberes constitucionales y legales y de las decisiones judiciales la administración distrital adoptó las decisiones que consideró convenientes y procedentes, desde el punto de vista legal.

Igualmente, agregó que el deber de garantizar la prestación del servicio de aseo es, indudablemente, de mayor importancia y relevancia que cualquier otro que, en criterio de la Procuraduría, se hubiera sacrificado, como es el caso de la libre competencia o las normas de contratación.

Por último y en cuanto a la convicción errada e invencible como causal de exclusión de responsabilidad, el señor defensor resaltó que el disciplinado, como lo dejó en claro al rendir su versión libre y como se ha manifestado a lo largo de este memorial, ha obrado con la total y plena convicción de que sus decisiones y actuaciones se ajustan íntegramente a las disposiciones constitucionales y legales aplicables y, por tanto, que su conducta no constituye falta disciplinaria.

6.2.4.2.2 Consideraciones de la Sala

Frente a la primera causal de ausencia de responsabilidad referida, la Sala debe decir que no advierte ninguna relación entre las decisiones tomadas por el señor alcalde mayor de Bogotá con los supuestos deberes más importantes que cumplió relacionados con garantizar la prestación del servicio de aseo y con las órdenes dadas por la Corte Constitucional.

Los hechos y medios de prueba revelan que con la decisión de asignar el servicio de aseo a unas entidades del Distrito sin experiencia y sin capacidad no se garantizó su correcta prestación, sino que, por el contrario, se generó una grave crisis en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y que en los meses posteriores se mantuvo una deficiente prestación del servicio mientras el operador público se vio obligado a seguir utilizando vehículos tipo volquetas. Además, debe insistirse en que hoy en día está en riesgo de que la ciudad continúe perdiendo cuantiosos recursos en la medida en que la flota de compactadores está en posibilidad de que colapse.

Por su parte y como se ha indicado a lo largo de la presente decisión, la Sala tampoco encuentra la relación pretendida por los sujetos procesales entre las decisiones adoptadas por el señor alcalde mayor de Bogotá con las órdenes dadas por la Corte Constitucional. En efecto, esta corporación judicial dispuso incluir a la población recicladora en un modelo que se considera pertinente, pero en ningún momento lo «pertinente» era sinónimo de «por fuera del marco jurídico» y concretamente de asignar el manejo y responsabilidad del servicio a entidades sin experiencia y capacidad y, por si fuera poco, con restricciones al principio de libertad de empresa.

La prueba de que no era necesario adoptar este tipo de decisiones para incluir a la población recicladora está soportada en varias cuestiones: 1. Se podía remunerar la actividad del reciclaje desde antes de la adopción del nuevo modelo transitorio, tal y como lo venía exponiendo un experto comisionado de la CRA; 2. Solo hasta el 2013 se obtuvo un proyecto de resolución para poder remunerar de forma completa la actividad de reciclaje; 3. Varias acciones afirmativas eran de carácter progresivo, como inclusive lo relató la entonces directora de la UAESP, al punto que hasta hace poco el seguimiento de las metas va en un 42% de cumplimiento; 4. Otras acciones afirmativas no dependían de la implementación de uno u otro modelo; 5. La inclusión de la población recicladora no se excluye en la aplicación del régimen de libertad de empresa, tal y como lo explicó el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS; y 6. Tal vez la razón más importante y que parte de una hipótesis: si en la ciudad de Bogotá no hubiese existido un operador público como la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá, de todas maneras era necesario incluir a la población recicladora, reconociendo y dignificando su labor a través de la implementación de acciones afirmativas, pero sin afectar otros pilares esenciales del

ordenamiento jurídico, entre ellos los relacionados con la contratación pública, el principio de libertad de empresa y la garantía de preservación de la salud humana y el medio ambiente.

Por lo dicho, no es procedente la colisión de deberes funcionales propuesta por el señor defensor y menos que a modo de complemento se diga que en la ciudad de Bogotá se presentó un «estado de necesidad», pues las excepcionales circunstancias a las que fue expuesta la ciudad de Bogotá ocurrieron por cuenta de las decisiones de su alcalde mayor, muy a pesar de las múltiples recomendaciones que con tanto esfuerzo y dedicación hicieron varias entidades del orden nacional y distrital.

Un argumento adicional para desvirtuar cualquier relación entre las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá con las órdenes dadas por la Corte Constitucional: el Distrito se vio obligado a contratar nuevamente con los operadores privados, y esta situación en nada impidió que se remunere la actividad de aprovechamiento, que se construyan los centros de acopio y reciclaje, que se siga censando a esta población vulnerable y que se tomen todas las medidas y acciones tendientes a dignificar esta noble labor, tal y como parece que hasta ahora se ha venido haciendo, a pesar de que el cumplimiento de metas no alcance todavía al cincuenta por ciento, situación que obedece a su progresividad.

Analicemos ahora la segunda causal de ausencia de responsabilidad, la cual necesariamente debe partir de la idea de que el disciplinado sí infringió sus deberes funcionales, solo que mediando un error invencible para desvirtuar cualquier asomo de responsabilidad, en la forma como lo propone el señor abogado defensor. Para ello, destacó que el disciplinado «habría obrado con la total y plena convicción de que sus decisiones y actuaciones se ajustaban íntegramente a las disposiciones constitucionales y legales aplicables».

Sin embargo, esta tesis tampoco puede ser de recibo, pues no puede mediar un error en el proceder de un servidor público cuando durante todo el segundo semestre del año 2012, por escrito, en reuniones y en virtud de diferentes controles políticos, se le prevenía directamente al disciplinado y a través de sus funcionarios directivos que sería irregular asignar la prestación del servicio de aseo a un operador público sin experiencia y capacidad mínima y que la exclusividad en el manejo de este servicio podía afectar principios como el de la libertad de empresa.

En tal forma, es impensable que frente al sinnúmero de advertencias y recomendaciones que hicieron varias entidades, respecto de las cuales los sujetos procesales en otros apartados cuestionan, controvierten y hasta califican de erradas y equivocadas, se proceda a reconocer un error, en la medida en que está demostrado con creces la representación que tuvo el señor

alcalde mayor de Bogotá frente a las consecuencias que traería la adopción de sus decisiones. Incluso, tal error queda completamente desvirtuado cuando en otros apartados el disciplinado afirmó que su proceder tuvo por finalidad «descartelizar un grupo de contratistas», objetivo que si se confronta con los medios de prueba obrantes en la actuación corresponde a que el acalde mayor siempre orientó su voluntad a que las empresas del Distrito tenían que asumir a como diera lugar la prestación del servicio, sin importarle que debían respetarse los pilares básicos de la contratación estatal y principios constitucionales tan elementales como el de la libertad de empresa.

6.2.5 Conclusión en cuanto a los argumentos presentados por el señor defensor en los descargos.

Conforme a las razones anotadas, la Sala concluye que los argumentos presentados por el señor defensor en el escrito de descargos no tienen la entidad suficiente para desvirtuar ninguno de los cargos formulados. En consecuencia, la Sala se ocupará, a continuación, de examinar los argumentos presentados en los alegatos de conclusión.

7. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL SEÑOR DEFENSOR EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La Sala pone de presente que el disciplinado no presentó alegatos de conclusión. En consecuencia, en los numerales siguientes, se procederá a analizar cada uno de los argumentos presentados por el señor defensor con el respectivo análisis de las pruebas que obran en la actuación.

7.1 Argumentos frente al primer cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

Una vez se plasmaron, a modo de introducción, algunas consideraciones generales acerca del derecho disciplinario, de la función de investigar a los servidores públicos a cargo de las autoridades disciplinarias y de traer algunas citas jurisprudenciales, el señor defensor reiteró su desacuerdo con el primero de los cargos formulados.

Para ello, el primer reparo que efectuó fue el siguiente:

> En este evento, no existe prueba alguna de que el señor alcalde participó en la elaboración de los estudios previos o en los convenios interadministrativos n.° 17 y 809 de 2012, máxime que no tiene esa competencia, ni dicha función o responsabilidad es parte de sus competencias o responsabilidades y atribuciones, conforme se expone en este escrito y al responder el pliego de cargos.
>
> Tampoco hay prueba de que exigió, influenció, solicitó, ordenó o instruyó a los funcionarios de la UAESP, la EAAB o de Aguas Bogotá S.A. E.S.P. a actuar por fuera del ordenamiento jurídico, todo lo contario, de lo que hay prueba es de que siempre se solicitó a dichas entidades efectuar los estudios correspondientes y actuar dentro del marco legal.

Como se indicó en las respuestas frente a algunos argumentos expuestos tanto por el disciplinado como el señor defensor, la Sala debe insistir en que la imputación efectuada al señor alcalde mayor de Bogotá consistió en la determinación que este hizo a los directores de las entidades del Distrito, entre ellas la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, para que estas dos últimas empresas asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

Así las cosas, resulta claro que el señor alcalde mayor de Bogotá no tuvo participación directa en las precisas actividades que conformaron las etapas precontractuales y contractuales de los dos contratos interadministrativos, como, por ejemplo, la elaboración de los estudios y actividades puntuales, en la manera como lo expone el señor defensor. Incluso, en otros apartados se ha explicado que seguramente ni los directores o gerentes de las entidades que suscribieron estos convenios así lo hicieron. Pero también se aclaró que es lógico considerar que en una estructura administrativa intervienen un sinnúmero de funcionarios, todos ellos cumpliendo los determinados roles que le son asignados, con la particularidad de que las funciones se ejercen en la dirección de lo ordenado por los respectivos superiores.

En el caso de la ciudad de Bogotá, la decisión en cabeza del alcalde mayor para que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio fue evidente, la cual fue defendida durante el segundo semestre del año 2012 por parte de los funcionarios directivos del Distrito y por el mismo mandatario distrital. En tal forma, la decisión objeto de cuestionamiento siempre estuvo bajo el dominio del señor alcalde mayor de Bogotá, quien además tenía la condición de miembro de la Junta Directiva de la EAAB.

Es claro en el presente caso —sin perjuicio de que la autoría principal estaba en cabeza de los directivos de la UAESP, EAAB y la empresa Aguas de Bogotá— que todos los medios de prueba acreditan que quien tomó la decisión fue el propio señor alcalde mayor de Bogotá, muy a pesar de la autonomía

administrativa que tenían dichas entidades. La explicación jurídica del porqué las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá podían incidir en las actuaciones de entidades descentralizadas se da por dos razones principales: porque el alcalde nombra al director o gerente de estas entidades y porque aquél ejerce sobre estos el respectivo control de tutela.

De esa manera, no resulta extraño que quien en principio no interviene de forma directa en las concretas actividades precontractuales y contractuales de determinada modalidad de contratación sí pueda ser partícipe, a título de determinador, de la suscripción de ciertos contratos interadministrativos. Y, en el presente caso, ello es palpable, pues la realidad muestra que la decisión para que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo provenía directamente del señor alcalde mayor de Bogotá. De ahí que en otros apartados expuestos por los sujetos procesales tal premisa resulte obvia, pues en muchos de ellos se defendió la tesis de que dicha decisión sí fue ajustada al ordenamiento jurídico o respecto de la cual se invocaron algunas situaciones que, según ellos, justificarían tales órdenes o directrices.

Ahora bien, más allá de que el señor alcalde de Bogotá hubiese solicitado a adelantar los estudios correspondientes, lo que queda claro es que antes de estos se hicieran el disciplinado ya había tomado la decisión de que la prestación del servicio debería estar a cargo de una de las entidades del Distrito. Al respecto, obsérvese algunas de las respuestas del testigo CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO:

> El alcalde siempre en las Juntas en las que yo estuve presente enfatizó en la necesidad de que la ciudad podía quedar inmersa en una emergencia sanitaria y que cuanto antes se tenían que tomar decisiones y **que lo que se veía más fácil era que lo hiciera la empresa de Acueducto. Sin embargo, el doctor BRAVO en una de esa juntas (la de julio o de agosto de 2012) (…) le dijo: "Doctor PETRO, el Acueducto no está listo para hacer esto"**. Entonces, hay que ver cómo lo organizamos. **Entonces fue cuando el alcalde le dijo: "póngase de acuerdo ahí con la UAESP para mirar cómo se hace; cuál es el modelo; eso fue lo que en su momento manifestó el señor alcalde"**.[182]

Posteriormente y ante la pregunta de si esa situación se había vuelto a presentar, respondió:

[182] Confróntese con el minuto 10 de la declaración del señor CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

> (…) Más adelante en otra Junta se volvió a debatir el tema **y el alcalde insistía en que qué pasaba con la situación; que qué se había resuelto y qué había sucedido porque eso era urgente.** Y se debatieron otros temas, sobre el tema de la flota. El tema de la flota que se refiere a los carros que se debían tener listos para que empezara la operación. **El alcalde le insistía al doctor BRAVO que era muy urgente que el Distrito tuviera la flota para que el Distrito pudiera prestar el servicio.** A eso, el doctor BRAVO lo que le manifestó al alcalde era que iba a hacer una licitación pública para poderlo hacer; que era la manera más clara y transparente en el uso de los recursos públicos para poderlo hacer. Y eso fue lo que se manifestó en esa Junta».[183]

Así las cosas, es apenas lógico que cuando el señor alcalde mayor de Bogotá le decía a sus funcionarios «que lo que se veía más fácil era que lo hiciera la empresa de Acueducto» seguramente, acto seguido, les decía que tenían «que hacerse los estudios y que todas las actuaciones debían ajustarse a la legalidad». Pero, realmente, la decisión ya estaba tomada: eran las entidades del Distrito las que asumirían la prestación del servicio, independientemente de lo que arrojaran los «estudios» y de lo que precisamente estuviera conforme a la «legalidad», pues analícese que muy a pesar de que el gerente de la EAAB, en el mes de julio o agosto de 2012, le dijera al señor alcalde que el «Acueducto no estaba listo para eso», la instrucción fue «póngase de acuerdo ahí con la UAESP para mirar cómo se hace; cuál es el modelo», conforme lo relató el testigo presencial ACERO ARANGO.

Por lo anterior es que ese ha dicho que sería difícil, por no decir imposible, que apareciera una prueba que demostrara que el señor alcalde mayor de Bogotá le haya dicho categórica y literalmente a determinado funcionario que «tenía que violar el ordenamiento jurídico». Sin embargo, debe reiterarse que en la estructuración de una irregularidad de índole disciplinaria, cuando esta consiste en una determinación hacia otro servidor público, no se necesita demostrar que en la directriz u orden se haya hecho una valoración sobre lo antijurídico de la conducta, pues si así fuera sería imposible acreditar cualquier irregularidad, ya que el argumento de exculpación sería siempre que jamás «se determinó a infringir el ordenamiento jurídico».

De esa manera y dado que el señor defensor presentó otros argumentos de forma más extensa, la Sala procederá a analizar cada una de dichas razones.

[183] Ibídem. Minuto 11 de dicha declaración.

7.1.1 Actuaciones del señor alcalde mayor de Bogotá: competencia, justificación y acatamiento a los principios y a la normatividad jurídica.

7.1.1.1 Argumentos de la defensa.

En primer lugar y efectuando algunas consideraciones sobre la Constitución Política, la Economía Social de mercado y los servicios públicos, entre otras, el señor defensor señaló que al ministerio público colombiano no le corresponde participar en la escogencia de los varios modelos de gestión pública que son admitidos en la Carta Política.

En segundo lugar y después de explicar otros aspectos relacionados con el régimen territorial, las funciones del cargo del alcalde mayor de Bogotá y los principios que deben caracterizar la prestación de los servicios públicos, señaló que era parte del ámbito funcional del señor alcalde la atribución de orientar, fijar las políticas y adoptar las medidas que correspondan con el propósito de promover la buena marcha de la administración y la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del Distrito, de modo que dicha circunstancia no podía ser considerada la fuente de una «sanción disciplinaria, la que solo procedería de modo muy remoto», si el disciplinado hubiese actuado sin justificación alguna y hubiese ejercido sus funciones por fuera del ordenamiento jurídico, entendido ello no solo como el marco legal, sino también, la Constitución, la jurisprudencia y el derecho viviente.

En tercer lugar y luego de hacer mención a algunos apartados del auto 275 de 2011 de la Corte Constitucional, mediante el cual se ordenó formalizar y regularizar a la población recicladora, explicó que la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la UAESP, preparó y presentó un plan de inclusión de la población recicladora el 31 de marzo de 2012, y que la alta corporación, mediante el auto n.° 084 de 2012, le había dado la viabilidad, consignando su satisfacción e instando a continuar con su ejecución. Sobre este aspecto agregó que la procuradora delegada preventiva, mediante la comunicación n.° 281450 de 10 de agosto de 2012[184] y de «de modo insólito», había manifestado a la UAESP que consideraba que la Corte Constitucional no había aceptado el plan de inclusión de la población recicladora, por lo que dicha respuesta mostraba que la Procuraduría, desde esa época, tenía una visión muy especial sobre el alcance de las decisiones de la Corte Constitucional y que ello se tradujo en la decisión de cargos, lo cual era un evidente prejuzgamiento.

En cuarto lugar, el señor defensor efectuó una serie de cuestionamientos relacionados con la implementación de las tarifas para remunerar la actividad recicladora, entre ellos que la procuradora preventiva, en la comunicación n.° 281450 de 2012 antes señalada, le haya solicitado a la UAESP explicar el

[184] Conforme a los folios 45 y siguientes del anexo n.° 1 de la actuación.

fundamento normativo para implementar, vía tarifa, la remuneración por recuperación, solicitud que resultaba inadmisible, en la medida en que esta funcionaria de la Procuraduría estaba llamada a hacer el seguimiento al cumplimiento del auto 275 de 2011. De igual manera, que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico no solo no había sido diligente en la fijación de una tarifa que incluyera en forma suficiente y eficiente la actividad de los recicladores, sino que además en varias de sus actuaciones había presentado incoherencias frente a este tema. Una de dichas incoherencias era que mientras le decía al Distrito y a la Procuraduría que no era necesario contar con la metodología tarifaria para remunerar a la población recicladora, también le informaba a la Corte Constitucional que requería un tiempo adicional para implementar los cambios que permitieran remunerar la labor de aprovechamiento debidamente. De manera complementaria, recordó que el testigo e ingeniero OSCAR PARDO había explicado que no existía un marco regulatorio en materia de régimen tarifario y que las Resoluciones actuales no eran claras ni suficientes para el pago a los recicladores. Igualmente, que los auditores externos contratados por la EAAB habían recomendado no seguir las instrucciones de la CRA y que esta entidad había hecho un enorme esfuerzo para poder fijar una remuneración que cumpliera con las exigencias efectuadas por la Corte Constitucional.

En quinto lugar y una vez efectuó un recuento de algunas actuaciones cumplidas por las UAESP ante la Corte Constitucional, señaló que la prestación del servicio de aseo en Bogotá se venía prestando a través de Áreas de Servicio Exclusivo y que la «intención del Distrito era continuar con ese esquema», tal y como se había indicado a la Procuraduría en diversas reuniones de seguimiento al cumplimiento del auto 275 de 2011 y como se había establecido en el Decreto 564 de 2012.

En sexto lugar y efectuado el recuento de los requisitos que deben aplicarse para la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo, resaltó que los contratos de concesión con los operadores privados concluían entre el 18 y 22 de diciembre de 2012, y que no era posible prorrogarlos nuevamente. Por esta razón, precisó que el señor alcalde mayor, en virtud de sus deberes constitucionales y legales de garantizar la prestación de servicios públicos del Distrito a todos los ciudadanos y en acatamiento a los principios de la función administrativa, «debió dar las orientaciones que fueran necesarias para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de aseo, para lo cual resaltó algunas directrices que dio el disciplinado en el Acta n.° 2478 de 25 de julio de 2012.

En séptimo lugar, el señor abogado trajo a colación los testimonios de ORLANDO RODRÍGUEZ, MARÍA MERCEDES MALDONADO y CARLOS ALBERTO ACERO, para demostrar que la participación del señor alcalde siempre consistió en que las entidades competentes elaboraran todos los

estudios técnicos, financieros y jurídicos «que fueran requeridos para verificar la viabilidad de la prestación del servicio por un operador público», el cual podría ser una empresa nueva creada por el Distrito, o la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, o la Empresa Aguas de Bogotá, según fuera el resultado de los estudios y que siempre y en todo caso se debían adoptar todas las medidas administrativas y operativas correspondientes con el fin de evitar una emergencia en la ciudad por la terminación de los contratos con los operadores privados, garantizar la prestación del servicio de aseo y el cumplimiento de las decisiones de la Corte Constitucional.

En apartes posteriores del escrito, el señor defensor también hizo referencia a las actas 2478,[185] 2480,[186] 2481[187] y 2483[188] de 2012 de la EAAB, en donde se evidenciaba que el señor alcalde mayor de Bogotá «planteó estudiar el manejo de la operación del servicio de aseo por un operador público», con base en los estudios de viabilidad jurídica y financiera correspondientes. De igual manera, que la viabilidad jurídica para que la EAAB asumiera la prestación del servicio se veía reforzada con las declaraciones de los testigos ATEHORTÚA, JORGE PINO RICCI y MARINO TADEO HENAO.

En el mismo sentido, refirió que las anteriores actas y que los aludidos testimonios de ORLANDO RODRÍGUEZ, MARÍA MERCEDES MALDONADO y CARLOS ALBERTO ACERO mostraban que «si bien el señor alcalde mayor manifestó su interés en que la prestación del servicio de aseo se efectuara por un operador público, también solicitó que se efectuaran los estudios de viabilidad jurídica, técnica y financiera correspondientes por las entidades pertinentes» y que ello lo hizo en «su condición de miembro de la mencionada Junta Directiva en condiciones de un actor más de ese órgano plural de dirección de esa empresa pública».

Por lo dicho, aseveró que las anteriores declaraciones y las pruebas documentales mostraban que las decisiones se adoptaron luego de varios meses de análisis a partir de julio de 2012 y que, en efecto, se llevaron a cabo los estudios correspondientes por la UEASP y la EAAB, los que fueron puestos en conocimiento del señor alcalde y de los integrantes de la junta directiva de la EAAB, quienes en última instancia conforme a sus reglamentos adoptaron las decisiones correspondientes.

En consecuencia y contrario a lo afirmado por la Procuraduría, aseguró que sí había existido una «discusión y análisis de parte de la administración distrital y de las entidades descentralizadas sobre la prestación del sistema de aseo por

[185] Del 25 de julio de 2012.
[186] Del 5 de septiembre de 2012.
[187] Del 19 de septiembre de 2012.
[188] Del 12 de octubre de 2012.

un operador público, sobre el convenio interadministrativo con la UAESP, sobre la reversión de los equipos en manos de los operadores y sobre la adquisición de la flota». Que esos estudios se hicieron con total autonomía por todas las entidades sin que participara o influyera el señor alcalde mayor.

Como prueba de esa «autonomía de las entidades», aseguró que la posición de la EAAB y de la UAESP sobre la libre competencia en Bogotá no era la misma. Para ello dijo que el declarante MARINO TADEO HENAO había referido haber elaborado un estudio sobre la vigencia de la Resolución 541 de 2011, por la cual la CRA verificó la existencia de Áreas de Servicio Exclusivo y la libre competencia, concluyendo que la citada resolución «estaba vigente» y, por lo mismo, que Bogotá no había entrado en esquema de libre competencia. A su turno, que la UAESP, si bien consideró que la Resolución 541 de 2011 «estaba vigente», en virtud al concepto emitido por la CRA al respecto, por su parte solicitó nuevamente la verificación de motivos para Áreas de Servicio Exclusivo y en la comunicación 2012100074541 de septiembre 27 de 2012 señaló que, a partir de septiembre de 2011, Bogotá había celebrado contratos de concesión en libre competencia.

En tal sentido, expuso que si el señor alcalde mayor hubiera inducido a la UAESP y a la EAAB a actuar por fuera del ordenamiento jurídico, estas entidades no tendrían opiniones diferentes. Que por ello el alcalde respetaba la autonomía de las entidades de la administración, de modo que cada entidad tenía sus propios criterios en estos temas que eran necesarios tener en cuenta dentro de los estudios previos del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012. Que esto mostraba, contrario a lo afirmado por la Procuraduría, que cada entidad «había actuado autónomamente», que ambas presentaron sus conceptos y estudios al señor alcalde mayor y que este fue respetuoso de esa autonomía. Por todo ello añadió que la Procuraduría había desechado los principios y normas sobre descentralización administrativa y las normas distritales de creación y funcionamiento de la UAESP, EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, sobre las cuales hizo las respectivas citas.

En octavo lugar, también trajo a colación el testimonio del doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RIOS para acreditar «las dificultades que se presentan normalmente en los eventos de prestación del servicio de aseo en libre competencia», e incluso que no existía ninguna regulación especial que reglamentara la libre competencia en servicio de aseos y que, aun cuando legalmente ella es posible, presentaba retos en su aplicación práctica que pueden generar serios conflictos en la prestación del servicio, tales como, las dificultades para lograr acuerdos con los privados para aplicación de los subsidios, con el barrido y limpieza de calles y vías públicas, las constantes pugnas para atraer o «robarse» los usuarios de sus competidores, los riesgos de que los operadores se centren en los estratos más altos con lo que se llama en el argot el «descreme del mercado», entre otros. Que, por ello, la

Procuraduría no podía olvidar que en Bogotá la prestación del servicio de aseo se hizo en Áreas de Servicio Exclusivo durante todo el tiempo en que el servicio fue concesionado, pues si bien, a partir del 2011 en los contratos prorrogados a los operadores privados se había incluido una cláusula de no exclusividad, en la práctica, todos los operadores privados respetaron las áreas de servicio que tenían asignadas desde el 2003.

Al respecto, la defensa agregó que en libre competencia ya no existirían Áreas de Servicio Exclusivo, lo cual quería decir que los operadores privados podían escoger prestar o no el servicio o prestarlo en zonas diferentes de aquellas en que tradicionalmente lo habían hecho. Además puntualizó que los operadores privados en la ciudad de Bogotá no tenían contratos de condiciones uniformes para el 18 de diciembre de 2012 y no lo habían suscrito con ningún usuario, lo cual se podía traducir en un caos en el servicio para el usuario que tenía que entrar a escoger un operador, y podía llevar a que en un mismo barrio, edificio o unidad residencial presten el servicio varios operadores. Del mismo modo, que al no existir dichas áreas, bien podían escoger incursionar en el servicio a grandes productores y a los estratos 4, 5 y 6, excluyendo de prestación del servicio a los estratos 1, 2 y 3, y, por tanto, sin garantizar la atención y cobertura a toda la ciudad. Que con ello se descompensaría el sistema de subsidios de los estratos 1, 2 y 3 y se podían presentar conflictos entre los operadores por el barrido y limpieza de las vías públicas, entre otros. Que este temor no era infundado, como se desprendía de las declaraciones de los doctores CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA, experto en servicios públicos, SAMUEL PRADA, gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga – EMAB, y TULIO SARMIENTO, representante legal de la empresa Aseo Capital S.A E.S.P.

Derivado de lo anterior y a modo de resumen, el señor defensor explicó que para el señor alcalde mayor de Bogotá no le era posible saber lo siguiente:

1. Si el 18 de diciembre los operadores privados iban a continuar prestando el servicio de aseo,

2. Cuántos de ellos y en cuáles zonas, pues ya no existían áreas de servicio exclusivo,

3. En qué condiciones, pues los operadores tendrían que entrar, por primera vez, a hacer gestión comercial propia y suscribir contratos de condiciones uniformes con los usuarios, ya que a esa fecha no los tenían.

Agregó que bajo esas incertidumbres y ante la inmensa posibilidad de que los prestadores se centraran en los estratos 5 y 6, no se podía garantizar lo siguiente:

1. La prestación eficiente del servicio en toda la ciudad,

2. El manejo de los subsidios,

3. La prestación ordenada y adecuada de la actividad de barrido y limpieza de vías, de poda de árboles y corte de césped,

4. El cumplimiento del Plan de inclusión y remuneración a la población recicladora.

En noveno y último lugar y retomando el cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional relacionadas con la población recicladora, explicó que ellas no podían cumplirse con la prestación del servicio por parte de operadores privados. Para ello, citó a apartes de las declaraciones de los señores TULIO EDUARDO SARMIENTO, representante legal de ASEO CAPITAL, y ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, representante legal de LIME S. A., quienes manifestaron que no entendían las órdenes dadas por la Corte, que los temas del reciclaje y de los recicladores no eran de su interés y que estos temas eran una obligación por parte de las autoridades del Distrito. Así mismo, manifestó que los operadores ASEO CAPITAL y LIME, en las tarifas del servicio de aseo, publicadas a finales del 2012, no incluyeron ningún ítem que permitiera la remuneración de la actividad de los recicladores. De igual forma, que las doctoras MARÍA MERCEDES MALDONADO y SUSANA MUHAMAD manifestaron que no conocieron de ninguna propuesta de los operadores privados de apoyo a la inclusión de la población recicladora.

Como consecuencia de lo anterior, afirmó que era claro que la conducta de las autoridades del Distrito, según se establece en el Decreto 564 de 2012, en particular en el art. 4° y en los estudios efectuados por la UAESP, se sustentaba en que la EAAB como entidad estatal descentralizada de Bogotá permitía la implementación del programa Basuras Cero y del esquema de inclusión. Que así se desprendía de lo declarado por la doctora NELLY MOGOLLÓN, quien había señalado que la EAAB había facilitado la remuneración del servicio, pues había una guerra del centavo en el aseo por la basura. Igualmente, que esta testigo sostuvo que en las condiciones que se presentaron el 18 de diciembre de 2012 era necesaria la participación de la EAAB, porque los operadores privados no tenían ninguna obligación en relación con el aprovechamiento o con el reciclaje y que esta empresa participaba en la organización de los recicladores y apoyaba el proceso de aprovechamiento, lo que no ocurría con los privados.

De ese modo, la defensa puntualizó que el señor alcalde mayor de Bogotá no había vulnerado ninguna norma legal «al considerar que la prestación del servicio de aseo se hiciera por un operador público». Por el contrario, que la Procuraduría ignoraba el contenido de los artículos 365 y siguientes de la Constitución Política y otras normas de carácter legal, de las cuales se deducía que la prestación de los servicios públicos sí podía estar a cargo del Estado.

7.1.1.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, la Sala debe destacar que en este proceso disciplinario no se ha optado por la escogencia de uno u otro modelo de gestión pública. Al contrario de lo señalado por el señor defensor, lo que se ha hecho en esta actuación es verificar si las conductas desplegadas por el señor alcalde mayor de Bogotá se encuadraron en comportamientos disciplinarios fijados de antemano en el ordenamiento jurídico y si ellos se cometieron con culpabilidad. Específicamente si se violaron normas contractuales al determinarse la asignación de la prestación del servicio de aseo en cabeza de entidades del Distrito, si se violaron normas que desde la Constitución protegen la libre competencia y si con la expedición de determinados actos se puso en riesgo la salud humana y el medio ambiente de la ciudad de Bogotá.

En segundo lugar, es cierto que las funciones del cargo del alcalde mayor de Bogotá le permiten orientar, fijar las políticas y adoptar las medidas que correspondan con el propósito de promover la buena marcha de la administración y la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del Distrito. Pero es una verdad incontrastable que el ejercicio de esas funciones debe hacerse respetando el ordenamiento jurídico, adoptándose las decisiones dentro del marco de la legalidad y sin que ello signifique la afectación de los deberes funcionales que su cargo le impone, inobservancia que de llegar a presentarse estaría en contravía de los pilares fundamentales de la función pública.

En tercer lugar, asimismo es cierto que la Corte Constitucional ordenó formalizar y regularizar a la población recicladora, pero también lo es que en ningún momento las órdenes de la alta corporación propiciaron las condiciones para que se asignara la prestación del servicio de aseo a unas empresas sin la experiencia y capacidad mínima requerida, lo cual generó una crisis en el servicio de aseo de la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y la incorrecta prestación de dicho servicio durante los meses siguientes en los que el Distrito utilizó vehículos volquetas, aspecto que no solo generó caos y desorden administrativo, sino la inversión de cuantiosos recursos sin ninguna necesidad, al punto que a la fecha de la presente decisión están en alto riesgo de perderse. Tampoco las órdenes de la Corte

Constitucional llevaron a que se afectaran principios como el de la libertad de empresa, pues la inclusión de la población recicladora no dependía de la adopción de un modelo que no estaba contemplado en el ordenamiento jurídico. Dos razones principales, ente muchas otras, permiten demostrar esta afirmación: la primera, con EAAB o sin la existencia de ella, la Corte hubiese ordenado la inclusión de la población recicladora, pues las acciones afirmativas a favor de dichas comunidades no dependen de la implementación de uno u otro modelo. En efecto, ni los censos, construcción de centros de acopio y las remuneraciones por costo y realización de esta labor, entre muchos otros componentes, dependían de que una entidad pública fuera el prestador del servicio de aseo. La segunda, el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la empresa de aseo de Bucaramanga, dejó en claro cómo puede coexistir el régimen de libertad de empresa y la inclusión de personas que se dedican a actividades de reciclaje. De su declaración puede evidenciarse las múltiples formas de dignificar e incluir a las personas que se dedican a la actividad del aprovechamiento, al punto de que tanto operadores privados como públicos deben contribuir en la actividad de transporte de los residuos utilizables en rutas y frecuencias preestablecidas y, además, que uno de los centros de acopio funciona en la entidad pública prestadora del servicio, todo dentro del marco del respeto y aplicación del principio de libertad de empresa.

Por ello, no hay una relación o nexo de causalidad cuando el señor defensor refirió que la Corte Constitucional, mediante el auto 084 de 2012, «le dio viabilidad al plan de inclusión de la población recicladora presentado el 31 de marzo de 2012», pues en él no se contempló que las empresas del Distrito existentes eran las que iban asumir la prestación del servicio de aseo en el cien por ciento de la ciudad de Bogotá. Tan cierta es esta afirmación que meses después, en agosto y septiembre de 2012, a la administración le «surgió la idea» de crear un operador público que prestara el servicio de aseo, por lo que al momento de la presentación de dicho plan no se tenía decidido de que el operador iba a ser la EAAB y su subcontratista Aguas de Bogotá.

En tal sentido y a pesar de que la afirmación del señor defensor, consistente en que la procuradora delegada preventiva[189] dijo «que la Corte Constitucional no había aceptado el plan de inclusión de la población recicladora», es inexacta —en la medida en que esta funcionaria destacó que la Corte había «recibido», más no «avalado», el plan de inclusión de la población recicladora—, lo cierto es que dicho plan, para el 31 de marzo de 2012, no estableció que la asignación del servicio de aseo pasaría a manos de dos entidades del Distrito que jamás habían prestado este servicio público domiciliario.

[189] Mediante la comunicación n.° 281450 de 10 de agosto de 2012, visible en los folio 45 y siguientes del anexo n.° 1 de la actuación.

En cuarto lugar, no existe alguna trascendencia en que la procuradora preventiva, en la comunicación atrás referida, le haya solicitado a las entidades del Distrito saber cuáles serían los fundamentos normativos para implementar, vía tarifa, la remuneración por recuperación. Para ello, el señor defensor destacó que esta funcionaria «estaba llamada a hacer el seguimiento al cumplimiento del auto 275 de 2011», en cuya afirmación está precisamente la respuesta del porqué la funcionaria con funciones preventivas tenía el interés por preguntar por estos temas.

De la misma manera, tampoco se advierte alguna relación entre las conductas del disciplinado con el cuestionamiento que hizo el señor defensor sobre la Comisión de Regulación y Agua Potable (CRA) por supuestamente no haber sido diligente en la fijación de una tarifa que incluyera en forma suficiente y eficiente la actividad de los recicladores. Si bien es cierto que antes de la implementación del nuevo modelo de aseo había forma de reconocer parte de la actividad de reciclaje, también lo es que dicha regulación no era suficiente para remunerar en forma completa la actividad del reciclaje. Pero, obsérvese que este propósito ni siquiera al terminar el año 2013 se habrá alcanzado, porque, como lo explicó el ingeniero ÓSCAR PARDO, en el mes de junio de 2013 se elaboró un proyecto de Resolución que posiblemente entrará a regir a partir del año 2014, con la cual habrá «una fórmula explícita formal, bien clara, de cómo se remuneran los recicladores».[190]

En tal forma, si bien el marco tarifario es indispensable para reconocer la actividad del reciclaje, aquel no depende de la adopción de uno u otro modelo para la prestación del servicio de aseo, aspecto en el que tanto énfasis han hecho los sujetos procesales. Como lo explicó el testigo que trae a colación la defensa, la CRA es la autoridad que expide el marco tarifario; la UAESP y ahora la EAAB son las entidades que la calculan, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la que vigila que estas actuaciones se cumplan dentro del marco de la legalidad.[191] Entonces, no hay ninguna connotación en que el operador del servicio de aseo sea una entidad pública o privada, porque aún, sin la existencia de un operador público, la CRA debe expedir el aludido marco; así mismo, la UAESP calcularlo y aplicarlo, y de esa manera garantizar la remuneración por la actividad del reciclaje.

En ese orden de ideas, queda demostrado que el aspecto de las tarifas, su marco regulatorio (CRA), su cálculo y aplicación (UAESP, EAAB o prestador del servicio), su vigilancia (SSPD), y los respectivos ajustes que tengan que hacerse para incorporar de forma suficiente la actividad de reciclaje —lo cual podrá pasar incluso hasta el año 2014, según el ingeniero ÓSCAR

[190] Confróntese con los minutos 30 y siguientes de la declaración del ingeniero ÓSCAR PARDO GIBSON, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[191] Ibídem. Minuto 19 de la declaración.

PARDO[192]—, no explican ni justifican que la asignación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá se haya pasado en el año 2012, vía contratos interadministrativos, a dos entidades públicas sin la más mínima experiencia y capacidad requerida para prestarlo.

En quinto lugar, es cierto que la prestación del servicio de aseo en Bogotá se venía prestando a través de Áreas de Servicio Exclusivo, pues es un hecho ineludible que este es uno de los modelos de prestación del servicio contemplados en el ordenamiento jurídico y la única posibilidad legal de poner algunas limitaciones a la aplicación del principio de libertad de empresa en materia de prestación de servicios públicos. Pero esto no autorizaba a que mientras de adoptaran nuevamente las Áreas de Servicio Exclusivo mediante una licitación y con los demás requisitos de ley se haya asignado el servicio de aseo a dos entidades que jamás lo habían prestado, sin ningún tipo de preparación y capacidad técnica requerida para asumirlo.

Ahora bien, esa «intención de implementar ASE», lo cual explicaría en palabras de los sujetos procesales la «transitoriedad» del esquema adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá, empezó a desvanecerse, pues dicho modelo, pasado casi un año desde su implementación, comenzó a tener características de permanente. Prueba de ello es que la UAESP y el mismo señor alcalde mayor de Bogotá, para el mes de mayo de 2013, manifestaron ante la CRA su deseo de no continuar con la actuación administrativa tendiente a la verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de Áreas de Servicio Exclusivo.[193] Si esto es así y si es un hecho irrefutable que la implementación de Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) requieren de un tiempo razonable, dado los varios trámites que tienen que surtirse, la fecha de inicio del modelo con Áreas de Servicio Exclusivo es totalmente incierta, el cual supuestamente se concibió bajo la idea de ser apenas «transitorio».

En sexto lugar, la terminación de los contratos con los operadores privados entre el 18 y 22 de diciembre de 2012 tampoco autorizaba a que la asignación de la prestación del servicio de aseo se pasara dos entidades sin la capacidad y experiencia requerida para asumir la prestación del servicio público de aseo. Al respecto, desde el mes de septiembre de 2011, las administraciones distritales buscaron las fórmulas pertinentes para seguir garantizando la prestación de dicho servicio, sin que en ningún momento se hubiera presentado una crisis como la de los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y la defectuosa prestación durante los meses siguientes durante el tiempo en que el operador público utilizó vehículos tipo volquetas. Ahora bien, este argumento de defensa queda desestimado, cuando fue el mismo Distrito quien volvió a contratar con los

[192] Ibídem. Minuto 30.
[193] Confróntese con el oficio recibido el 5 de septiembre de 2013, suscrito por la directora ejecutiva de la CRA, visible en los folios 1769 y 1770 del cuaderno original n.° 7 de la actuación.

operadores privados la prestación del servicio en algunas áreas de la ciudad de Bogotá para los días siguientes al 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Es más, tan intrascendente es el argumento presentado por el señor defensor, que ni siquiera los operadores privados fueron subcontratistas del nuevo operador público EAAB, sino que los contratos se suscribieron directamente con la Unidad Administrativa de Servicios Públicos Domiciliarios (UAESP).

En séptimo lugar, es cierto que los testigos ORLANDO RODRÍGUEZ, MARÍA MERCEDES MALDONADO y CARLOS ALBERTO ACERO dijeron que la participación del señor mayor de Bogotá consistió en que las entidades competentes elaboraran todos los estudios técnicos, financieros y jurídicos «que fueran requeridos para verificar la viabilidad de la prestación del servicio por un operador público», el cual podría ser una empresa nueva creada por el Distrito, o la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, o la Empresa Aguas de Bogotá.

Precisamente, la instrucción y orden del señor alcalde mayor, muy a pesar del llamado de la elaboración de los estudios, siempre estuvo bajo la premisa de que fuera un «operador público», respecto de lo cual el simple sentido común indicaba que no había alguna entidad distrital con experiencia y capacidad para asumir el servicio. No de otra manera se explica que la idea primigenia fue «crear un nueva entidad pública que se encargara del servicio», a pesar que respecto de este anuncio la procuradora preventiva y el contralor distrital hayan llamado de forma inmediata la atención sobre la inconveniencia, de cara a la legalidad, de una decisión como esa. Incluso, el señor contralor distrital resaltó que desde el 11 de septiembre de 2012 se le advertía e informaba al Distrito que la decisión de prestar el servicio público de aseo por parte de una entidad oficial «podía representar una alteración de la estructura administrativa del Distrito», pues según el Decreto 1421 de 1993 esas iniciativas debían ser del alcalde, pero puestas a consideración del Concejo. En ese momento el órgano de control distrital dijo que no era claro cuáles eran los estudios técnicos, jurídicos y financieros que respaldarían dicha decisión.[194]

Pero la decisión del señor alcalde mayor desde tiempo antes ya había sido tomada. Recuérdese lo que declaró CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, uno de los testigos que precisamente trajo a colación el señor defensor, sobre las indicaciones que dio el señor alcalde al gerente de la EAAB desde el mes de julio o agosto del año 2012:

> El alcalde siempre en las Juntas en las que yo estuve presente enfatizó en la necesidad de que la ciudad podía quedar inmersa en una emergencia sanitaria y que cuanto antes se tenían que tomar decisiones y **que lo que se veía más fácil era que lo hiciera la empresa de Acueducto. Sin**

[194] Ver los folios 122 y 123 del anexo n.° 3 de la actuación.

> **embargo, el doctor BRAVO en una de esa juntas (la de julio o de agosto de 2012) (…) le dijo: "Doctor PETRO, el Acueducto no está listo para hacer esto"**. Entonces, hay que ver cómo lo organizamos. **Entonces fue cuando el alcalde le dijo: "póngase de acuerdo ahí con la UAESP para mirar cómo se hace; cuál es el modelo; eso fue lo que en su momento manifestó el señor alcalde"**.[195]
>
> (…) Más adelante en otra Junta se volvió a debatir el tema **y el alcalde insistía en que qué pasaba con la situación; que qué se había resuelto y qué había sucedido porque eso era urgente.** Y se debatieron otros temas, sobre el tema de la flota. El tema de la flota que se refiere a los carros que se debían tener listos para que empezara la operación. **El alcalde le insistía al doctor BRAVO que era muy urgente que el Distrito tuviera la flota para que el Distrito pudiera prestar el servicio.** A eso, el doctor BRAVO lo que le manifestó al alcalde era que iba a hacer una licitación pública para poderlo hacer; que era la manera más clara y transparente en el uso de los recursos públicos para poderlo hacer. Y eso fue lo que se manifestó en esa Junta».[196]

Es apenas evidente que si en algún momento las instrucciones del señor alcalde también consistieron en que se hicieran los estudios que se necesitaran, ello se hizo siempre bajo la idea de que el prestador del servicio fuera el operador público. No de otra forma se entiende que en una segunda Junta, como lo advirtió el testigo ACERO, el alcalde le haya insistido al doctor BRAVO que era muy urgente que el Distrito tuviera la flota para que este pudiera prestar el servicio. La Sala no puede pasar por alto que mientras estas instrucciones se dieron, así como otras reseñadas por el mismo señor abogado defensor, las cuales constan en las actas 2478,[197] 2480,[198] 2481[199] y 2483[200] de 2012 de la EAAB, las demás autoridades nacionales y distritales advertían que un operador público, nuevo o conformado por las empresas existentes, no tenían la experiencia y capacidad requerida para prestar el servicio de aseo. Esta obviedad es tan cierta que por eso cobra peso la afirmación de CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, en cuanto a que a él le constó el momento en que DIEGO BRAVO le dijo al señor alcalde mayor de Bogotá que «el Acueducto no estaba listo para hacer eso»; es decir, la EAAB no estaba «lista» para asumir la responsabilidad de manejar y prestar el servicio público de aseo. Los hechos sucedidos en el mes de diciembre de 2012, la defectuosa prestación del servicio en los meses subsiguientes y el riesgo de que se pierda la flota

---

[195] Confróntese con el minuto 10 de la declaración del señor CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[196] Ibídem. Minuto 11 de dicha declaración.
[197] Del 25 de julio de 2012.
[198] Del 5 de septiembre de 2012.
[199] Del 19 de septiembre de 2012.
[200] Del 12 de octubre de 2012.

adquirida por el Distrito confirman que DIEGO BRAVO, CARLOS ALBERTO ACERO, DARÍO ARTURO BELTRÁN y todas las entidades nacionales y distritales, excepto las que dependían del señor alcalde, tenían desafortunadamente toda la razón.

Por ello, tampoco pueden ser de recibo las opiniones de los testigos ATEHORTÚA, JORGE PINO RICCI y MARINO TADEO HENAO en cuanto a que existía «viabilidad jurídica para que la EAAB asumiera la prestación del servicio», pues estas simples opiniones están desvirtuadas con lo que les constó directamente a declarantes como DARÍO ARTURO BELTRÁN y el mismo CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO.

Sobre las afirmaciones de DARÍO ARTURO BELTRÁN, la Sala ya se ha referido en forma suficiente a ellas. Pero obsérvese también que CARLOS ALBERTO ACERO tiene una versión igual a dicho testigo, al señalar que él le dijo al doctor DIEGO BRAVO que la EAAB no tenía la experiencia y conocimiento en la prestación del servicio de aseo.[201] Frente a este señalamiento, miremos el complemento de dicha respuesta:

> **PREGUNTA:** «¿Por qué usted sostuvo en ese momento y sostiene ahora que en ese momento **la EAAB no tenía la experiencia y conocimiento en el servicio de aseo?**». **CONTESTO:** «**El hecho cierto es que no la teníamos.** Dentro del organigrama de la empresa de acueducto y dentro de la empresa de acueducto **no había las personas idóneas para manejar el tema de aseo.** Precisamente lo que se pretendía era buscar el apoyo para que personas idóneas se encargaran de ese tema dentro de la empresa de acueducto o como se decidiera en el modelo. Lo único es, lo que le manifestaba ahí, **era que nosotros operativamente seríamos capaces de manejar el tema de aseo, si nos daban el tiempo para organizar los profesionales que estaban ahí. Si no, tenía que ser periférico; tenía que llegar alguien que supiera de eso para que lo organizara. Eso fue más o menos lo que le comenté al doctor BRAVO. Fue receptivo y dijo que él comentaba el tema con el alcalde»**.[202]

Entonces, no es cierto que los testimonios y demás pruebas documentales muestren que las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá se adoptaron luego de «varios meses de análisis a partir de julio de 2012». Por el contrario, lo que está demostrado es que primero el señor alcalde tomó la decisión de que las empresas públicas asumieran la prestación del servicio y, como consecuencia de ello, las entidades involucradas iniciaron los trámites que eran

[201] Confróntese con los minutos 13 y siguientes de la declaración de CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[202] Ibídem. Minuto 13 de la declaración.

necesarios para cumplir con dicha instrucción. Por eso, está probado que el cambio en el objeto de la EAAB fue después, y no antes, de la clara e inequívoca instrucción que el señor alcalde mayor de Bogotá le dio al entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO.

Igualmente, es infructuoso que se esgrima la autonomía de las entidades del Distrito que suscribieron los contratos interadministrativos con los cuales se pasó la asignación de la prestación del servicio de aseo, ya que es evidente que estas contrataciones se cumplieron en virtud de la decisión del señor alcalde y de las instrucciones que dio a sus inmediatos funcionarios, tal y como está ampliamente probado con el entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO. Incluso, esta tesis perdió sentido desde que los mismos sujetos procesales en otros apartes han defendido y encontrado algunas justificaciones en las decisiones del alcalde mayor. Así las cosas, en el presente asunto, la autonomía de las entidades distritales, que bien se sabe no es absoluta, no tiene ninguna significación de cara a los comportamientos atribuidos al disciplinado. De la misma manera, es irrelevante que en algunos aspectos una u otra entidad no hayan tenido uniformidad de criterios, pues lo cierto es que ellas cumplieron al pie de la letra con la instrucción del señor alcalde mayor, consistente en que la prestación del servicio estuviera a cargo de un operador público, el cual, como se evidenció desde ese momento por varias autoridades y distintos expertos, no contaba con la experiencia, conocimiento, personal y capacidad requerida para asumir semejante responsabilidad. Así lo demuestran, no las meras opiniones *ex post* de algunos testigos, vinculados laboral y contractualmente con el Distrito, sino personas que en el preciso momento advirtieron directamente dicha situación por ser expertos técnicos en la materia.

En octavo lugar, también es cierto que el doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RIOS destacó algunas dificultades en el régimen de libre competencia, y que, por eso, la ciudad de Bogotá tuvo siempre Áreas de Servicio Exclusivo. Incluso, que a partir del año 2011, en virtud de los contratos prorrogados a los operadores privados, se respetaron las Áreas de Servicio que se tenían asignadas desde el 2003.

Al respecto, la Sala considera que las dificultades son un elemento común en cualquier régimen de aquellos contemplados en el ordenamiento jurídico. Así como podían haber tropiezos en el régimen de libre competencia también los hubo mientras funcionaron las ASE porque, por ejemplo, no se había incluido a la población recicladora; igualmente, terminándose las Áreas de Servicio Exclusivo las dificultades continuaron en virtud de las diferentes prórrogas de los contratos con operadores privados y de los trámites que se tenían que surtir para volver a implementarse las ASE. Sin embargo, un aspecto es que se presenten complicaciones en la implementación de uno u otro esquema, autorizado por la ley, y otro asunto completamente diferente es que de la

dificultad se pase a la inobservancia del ordenamiento jurídico al haberse asignado la prestación del servicio público de aseo a unos entes públicos sin la más mínima experiencia, personal y capacidad requerida.

Así las cosas, si la supuesta causal de justificación de las decisiones adoptadas por el señor alcalde mayor son las eventuales «dificultades» del régimen de libre competencia, en nada cambia la situación al haberse asignado la prestación del servicio de aseo a un operador público, porque, además de que ello no solo fue «dificultad», sino una trascendental irregularidad administrativa, la decisión generó una crisis en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y la deficiente prestación del servicio durante los meses siguientes en las que se utilizaron volquetas; adicionalmente, la determinación no solo produjo la inversión de cuantiosos y considerables recursos sin necesidad alguna, sino el riesgo de que estos se pierdan por haberse asignado dicha responsabilidad a entidades sin la más mínima preparación y experiencia.

Ahora bien, es evidente que la opinión del doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RIOS se caracteriza por una visión dantesca del régimen de libre competencia, para lo cual trajo a colación el más mínimo detalle, presentándolo como una dificultad, y, en una especie de sumatoria de dichas situaciones, respaldar la tesis de que la aplicación de un régimen como este es irremediable y absolutamente de imposible aplicación.

Sin embargo, la Sala no comparte la anterior apreciación, porque frente a la opinión del citado profesional se encuentra la declaración del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la empresa de aseo de Bucaramanga, quien no solo comparte y ve muchas ventajas del régimen de la libre competencia, sino que también es una persona experta al que además le consta, en el día a día y en la práctica, que este régimen sí es posible aplicarlo, y que en él se puede garantizar la dignificación, inclusión y el reconocimiento de las personas que se dedican a la actividad del reciclaje. Incluso, este testigo relató, como lo destaca el señor defensor, que en dos ocasiones la ciudad de Bucaramanga trató de implementar las Áreas de Servicio Exclusivo sin que pudiera lograrse dicho cometido, frente a lo cual, lejos de adoptarse un modelo no contemplado en la ley, se siguió en el régimen de libre de competencia.[203] Para la Sala, la razón de seguirse respetando el principio de libre competencia es que este esquema es la regla general en materia de prestación de servicios públicos, y su única matización o excepción es la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo. Por tanto, estos dos son los únicos modelos de prestación del servicio de aseo, pero ni el uno o el otro autorizaban a que se pasara la responsabilidad del servicio de aseo a dos entidades carentes de la más mínima capacidad y experiencia para prestarlo.

[203] Conforme al minuto 32 y siguientes de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

Ahora bien, el señor defensor se equivoca cuando trata de equiparar las versiones del doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RIOS con las del doctor SAMUEL PRADA COBOS, argumento frente al cual la Sala debe aclarar en forma enfática que son dos testimonios totalmente excluyentes y contradictorios. En efecto, fue el señor defensor quien en una pregunta le dijo al testigo que él había insinuado dificultades del régimen de libre competencia,[204] frente a lo cual el doctor SAMUEL PRADA le contestó que no; por el contrario, que él apreciaba el sistema de libre competencia.[205] Incluso, y dada la persistencia del señor defensor, el testigo le dijo que a partir de las eventuales quejas se pueden corregir algunas fallas menores de la prestación del servicio, pero en la línea de mejorarlo. En todo caso, agregó que esas situaciones, que se presentaban en cualquier modelo, no afectaban su funcionalidad. Además, el declarante explicó que eso era una oportunidad de mejorar, pero que el modelo era «interesante, bueno, válido y funcional». Es más, el testigo afirmó que cuando el Estado era eficiente en ese modelo era muy posible que no entraran otras empresas. En suma, fueron muchas respuestas del testigo dirigidas a desvirtuar la apreciación del señor defensor contenida en varios de sus comentarios y preguntas,[206] y que ahora quiere presentar como una respuesta de dicho declarante, lo cual no es cierto. Incluso, puede revisarse que antes de la insinuación del señor defensor, el declarante ya había dicho que «el modelo de Bucaramanga, el de libre competencia, era un modelo funcional y que no tenían ningún problema».[207]

Por otra parte, también debe destacarse que el testigo no puso de presente inconvenientes con los usuarios por temas de estratificación, pues, contrario a lo señalado por el señor defensor, el doctor SAMUEL PRADA COBOS refirió que los usuarios más altos subsidiaban a los más bajos; que cuando los estratos altos pagaban más, el sobrante se le debía dar al municipio, y que cuando era menos, el municipio ajustaba el valor que hiciera falta.[208] Pero, además, no es cierto que «el operador público sea el único que preste el servicio a los estratos más bajos y a los asentamientos humanos», como lo destacó la defensa, porque el testigo dijo que respecto de los excedentes que hicieran falta el municipio se los giraría a los prestadores —públicos o privados— y que «todos ellos estaban en la misma situación»,[209] con lo que se demuestra que unos y otros están obligados a prestar el servicio a cualquier estrato. Por eso, más adelante, en cuanto a la población más vulnerable y

[204] Ibídem. Minuto 1.05 de la declaración.
[205] Ibídem. Minutos 1.05, 1.06 y siguientes de la declaración.
[206] Ibídem. Del minuto 1.05 al 1.10 de la declaración. Y así lo ratificó en el minuto 1.13.
[207] Ibídem. Minuto 42 de la declaración.
[208] Ibídem. Minutos 20, 21 y siguientes de la declaración.
[209] Ibídem. Minuto 23 de la declaración.

subnormal, el testigo dijo que el «operador privado también tenía que atenderla».[210]

De similar modo, tampoco se advierte en la declaración del testigo PRADA COBOS dificultades en otros componentes como los de barrido y limpieza, pues dijo que estas actividades complementarias se prestan en unas zonas día de por medio y en otras, a diario, lo cual se medía de acuerdo a las micro rutas que se hicieran. Además, que el detalle de esta actividad se enviaba a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para su constante vigilancia.[211] Igualmente, señaló que esta era una obligación tanto del operador público como el de los privados, para lo cual se ponían de acuerdo conforme al porcentaje de usuarios.[212] En tal forma, lo que para la defensa es una supuesta «dificultad» para el testigo es simplemente un acuerdo y reparto normal de actividades entre los operadores públicos y privados para que el servicio se preste en buenas condiciones, aun en el régimen de libertad de empresa.

En ese orden de ideas, los supuestos inconvenientes del régimen de la libre competencia esbozados por el señor defensor, a partir de la opinión del doctor ATEHORTÚA RIOS, están desvirtuados por lo que le consta directamente al doctor SAMUEL PRADA COBOS, cuya diferencia además es que el régimen de la libre competencia es la regla general en la prestación del servicio público contenida en el ordenamiento jurídico. Con todo, en gracia a la discusión, las supuestas «dificultades», que no son tales y que no tienen la intensidad que quieren mostrar los sujetos procesales, no significaba que se incurriera en una irregularidad que causó un verdadero perjuicio en la prestación del servicio de aseo: crisis en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012; defectuosa prestación de dicho servicio durante los meses siguientes en que se utilizaron volquetas, incluso durante el primer semestre del año 2013; mala utilización de cuantiosos recursos que no eran necesarios, y el riesgo de que parte de ellos se puedan perder dada la inexperiencia de las entidades del Distrito.

Dicho esto, tampoco puede ser de recibo el argumento de que el señor alcalde no sabía si para el 18 de diciembre de 2012 los operadores privados iban a continuar prestando el servicio de aseo, bajo la tesis de que ya no existían Áreas de Servicio Exclusivo, pues lo cierto es que esas áreas terminaron desde el año 2011 y, desde esa fecha, ni la anterior administración distrital ni a la actual, hasta el momento de que el señor alcalde tomó la decisión, les surgió la idea de asignar la prestación del servicio público de aseo a unas empresas públicas sin experiencia, capacidad y personal idóneo. Igualmente, la terminación de los contratos con los operadores privados en el mes de

[210] Ibídem. Minuto 25 de la declaración.
[211] Ibídem. Minutos 15 y siguientes de la declaración.
[212] Ibídem. Minutos 18 y siguientes.

diciembre de 2012 era una situación que se sabía desde mucho antes de que se pensara en la posibilidad de constituir un operador público, por lo cual había un sinnúmero de posibilidades de seguir garantizando la prestación del servicio y tiempo suficiente para tomar las decisiones como las que se venían adoptando desde el momento en que culminó la concesión de las ASE desde el mes de septiembre de 2011.

De la misma manera y retomando en su integridad la declaración del doctor SAMUEL PRADA COBOS, está demostrado que en un régimen de libre competencia sí se puede garantizar la prestación eficiente del servicio de aseo en toda la ciudad;[213] el manejo de los subsidios;[214] la prestación ordenada y adecuada de la actividad de barrido y limpieza de vías, de poda de árboles y corte de césped,[215] y el cumplimiento de acciones en favor de las personas que se dedican a la actividad del reciclaje.[216]

En noveno y último lugar, es cierto que los testigos TULIO EDUARDO SARMIENTO, representante legal de ASEO CAPITAL, y ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, representante legal de LIME S. A., manifestaron que no entendían las órdenes dadas por la Corte, que los temas del reciclaje y de los recicladores no eran de su interés y que estos aspectos eran una obligación por parte de las autoridades del Distrito. Pero estas aseveraciones, lejos de justificar las decisiones adoptadas por el señor alcalde mayor, confirman en buena medida lo que se ha venido explicando a lo largo de la presente decisión: una cosa es el servicio de aseo, que lo deben prestar operadores públicos o privados que tengan experiencia, capacidad y cumplan unas normas mínimas exigidas por el ordenamiento jurídico, y otro asunto son las obligaciones que se desprenden de la inclusión de la población que se dedica a la actividad de aprovechamiento y reciclaje, de cuyo cumplimiento se pueden derivar algunas cargas tanto para las autoridades como para los prestadores del servicio, independientemente de su naturaleza pública o privada.

Es por ello que el testigo SAMUEL PRADA COBOS explicó lo siguiente:

> Bucaramanga tiene una condición muy particular a partir del mes de julio de este año (2013). Por Decreto municipal y por acuerdo metropolitano es obligatoria la separación en la fuente en el área metropolitana. **Y tenemos nosotros por obligación y por mandato de estas dos reglamentaciones la obligación de recoger los miércoles y los jueves en las frecuencias que tengamos en la ciudad y en toda el área metropolitana estrictamente material separado de las viviendas;** y los usuarios tienen

[213] Ibídem. Minutos 20, 25, 28, 42, 1.05. 1.13, entre otros.
[214] Ibídem. Minutos 20 y siguientes.
[215] Ibídem. Minutos 15 y 16.
[216] Ibídem. Minutos 44 y siguientes; 57 y 58, y 1.13 y siguientes.

> obligación de separarlo; **nosotros lo recogemos, transportamos y se lo entregamos a las asociaciones de recicladores de la ciudad de Bucaramanga organizados.**[217]
>
> (…)
>
> Bucaramanga logró **aglutinar a todas esas familias que vivían del basurero en condiciones absolutamente infrahumanas, las recoge, las organiza en cooperativas, les construye un centro de acopio fuera del relleno y les facilita para que inicien rutas selectiva dentro de la ciudad para recoger reciclables y que vivan de ese ejercicio;** entonces, en la empresa de Aseo de Bucaramanga hay un centro de acopio gigante en donde funciona una de esas organizaciones que se llama BELLO RENACER; **la reglamentación que hoy expide el área metropolitana nos dice: señores empresas prestadoras de servicio de aseo, ustedes tienen la obligación de recoger el separado los miércoles y los jueves en las rutas que ustedes tienen y de llevar y entregarle a esas organizaciones ese material separado para el aprovechamiento; entonces, yo creo que Bucaramanga va mucho más allá incluso de la Corte Constitucional, porque Bucaramanga ha encontrado el modelo que puede ser funcional para las organizaciones; hay muchas formas de vincularlos;** yo creo que la Corte, en el desarrollo de su mandato, si bien es cierto que lo entregó como una obligación de protección a estas comunidades, no advirtió la multiplicidad de formas en que puede ejecutarse algo como esto.[218]

Así las cosas, puede ser cierto que los representantes de los operadores privados no tengan la más mínima idea de qué es el reciclaje, pero lo cierto es que una vez se adopten medidas en favor de la población recicladora todos los actores, públicos o privados, en la prestación del servicio de aseo deben someterse al cumplimiento de ciertas obligaciones en favor de las personas que se dedican a dicha labor, impuestas por las autoridades públicas competentes para ello. Pero, en manera alguna, las medidas y acciones afirmativas a favor de la población recicladora significaban asignar la prestación del servicio a dos empresas públicas sin ningún tipo de experiencia, ya que su cumplimiento, como está demostrado, no dependía de ello.

De la misma manera, la Sala no comparte la opinión de la entonces directora de la UAESP, en cuanto a que era necesaria la participación de la EAAB para permitir la actividad del aprovechamiento y reciclaje, pues está demostrado que el prestador del servicio público o privado no condiciona la inclusión de la población que se dedica a esta actividad. Por el contrario, es el marco regulatorio y otra serie de acciones en cabeza de la UAESP y otras entidades

[217] Ibídem. Minuto 44.
[218] Ibídem. Minutos 45 y siguientes.

distritales, distintas a la EAAB, las que debían garantizar y procurar las acciones afirmativas ordenadas por la Corte, tanto así que hasta el año 2014 podrá aplicarse una remuneración en forma completa y suficiente a favor de las personas que se dedican al aprovechamiento, tal y como lo explicó el ingeniero ÓSCAR PARDO GIBSON en su declaración. Tan cierta es esta conclusión que el Distrito se vio en la necesidad de contratar nuevamente a los operadores privados en el mes de diciembre de 2012, cuyo acuerdo de voluntades se celebró directamente con la UAESP y no con la EAAB. Si así son las cosas, la Sala no observa ninguna relación entre la asignación del servicio de aseo a la EAAB y Aguas de Bogotá, empresas sin la más mínima experiencia, con el cumplimiento de una serie de acciones afirmativas a favor de la población recicladora. Igualmente, tampoco es cierto que se hubiere presentado una «guerra del centavo en el aseo por la basura», pues está probado que las tarifas eran reguladas, que las calculaba la UAESP —ahora la EAAB— y que su cumplimiento está en constante vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En ese orden de ideas, no habiendo justificación alguna para que las empresas públicas sin la más mínima experiencia y capacidad requerida hayan asumido la prestación y el manejo del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, sí está demostrado que la decisión del señor alcalde mayor infringió el ordenamiento jurídico, determinación que trajo consigo una crisis en la ciudad de Bogotá, durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012; así mismo, una incorrecta prestación del servicio mientras se utilizó vehículos volquetas hasta mediados del año 2013; igualmente, la inversión de cuantiosos recursos que no eran necesarios, con el alto riesgo de que hoy en día parte de ellos se puedan lamentablemente perder.

7.1.2 Celebración de los convenios interadministrativos 17 y 809 de 2012: acatamiento a los principios y a la normatividad jurídica.

7.1.2.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor reiteró que el disciplinado no ordenó, ni decidió o definió las condiciones en que la EAAB prestaría el servicio de aseo, ni dispuso que debía hacerse a través de la celebración convenios administrativos entre la UAESP y la EAAB, ni entre esta entidad y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., ni estableció el contenido o alcance de estos convenios. Al respecto, precisó que ninguna de las pruebas recaudadas en el proceso así lo demostraba.

Así mismo, recalcó que el señor alcalde mayor de Bogotá no tenía dentro de los deberes consagrados en la Constitución y la ley la de elaborar o participar en la elaboración de los estudios previos para la celebración de convenios interadministrativos de la UAESP, como tampoco de la EAAB. Que si bien por

disposición reglamentaria de orden local el señor alcalde era miembro de la Junta Directiva de la EAAB, los integrantes de dicha Junta no intervenían en los procesos de contratación, pues tales funciones no estaban consagradas en sus estatutos ni en el Manual de Contratación de la EAAB. Igualmente, que el señor alcalde tampoco tenía dentro de sus funciones avalar, aprobar o imponer y menos determinar tales estudios ni los convenios o contratos que celebren sus entidades descentralizadas. Para ello, transcribió las funciones establecidas en el artículo 38 del Decreto Ley 1421 de 1993 y las de la Junta Directiva de la EAAB contenidas en el Acuerdo n.° 11 de 2010.

Por ello, insistió en que el señor alcalde no tenía dentro de sus funciones la facultad de intervenir o participar en los procesos de contratación de sus entidades descentralizadas como lo son la UAESP y la EAAB ni debía responder por el mal ejercicio funcional de los procesos de contratación de esas entidades, si ello había ocurrido. Además, que no existía prueba de que así haya pasado en este caso en particular y que no estaba probado que el alcalde haya impuesto una supuesta e inexistente voluntad de determinar dolosamente la conducta de algún servidor, empleado, asesor o trabajador de esas entidades a quebrantar la ley o los reglamentos.

7.1.2.2 Consideraciones de la Sala.

La Sala debe insistir en que en el proceso sí hay pruebas que demuestran que el señor alcalde mayor de Bogotá definió que las entidades del Distrito debían asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Para ello, repasemos lo que manifestó el testigo CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO:

> El alcalde siempre en las Juntas en las que yo estuve presente enfatizó en la necesidad de que la ciudad podía quedar inmersa en una emergencia sanitaria y que cuanto antes se tenían que tomar decisiones y **que lo que se veía más fácil era que lo hiciera la empresa de Acueducto. Sin embargo, el doctor BRAVO en una de esa juntas (la de julio o de agosto de 2012) (…) le dijo: "Doctor PETRO, el Acueducto no está listo para hacer esto"**. Entonces, hay que ver cómo lo organizamos. **Entonces fue cuando el alcalde le dijo: "póngase de acuerdo ahí con la UAESP para mirar cómo se hace; cuál es el modelo; eso fue lo que en su momento manifestó el señor alcalde"**.[219]
>
> (…)

[219] Confróntese con el minuto 10 de la declaración del señor CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

> Más adelante en otra Junta se volvió a debatir el tema **y el alcalde insistía en que qué pasaba con la situación; que qué se había resuelto y qué había sucedido porque eso era urgente.** Y se debatieron otros temas, sobre el tema de la flota. El tema de la flota que se refiere a los carros que se debían tener listos para que empezara la operación. **El alcalde le insistía al doctor BRAVO que era muy urgente que el Distrito tuviera la flota para que el Distrito pudiera prestar el servicio.** A eso, el doctor BRAVO lo que le manifestó al alcalde era que iba a hacer una licitación pública para poderlo hacer; que era la manera más clara y transparente en el uso de los recursos públicos para poderlo hacer. Y eso fue lo que se manifestó en esa Junta».[220]

La anterior aseveración del testigo ACERO concuerda con algunas pruebas documentales en las que se dijo que la fórmula de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá fue una decisión del gobierno distrital. [221] Así mismo, dicho recuento del declarante es concordante con la condición del disciplinado de presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad de Bogotá, situación de la cual el mismo señor defensor destacó unas actas de Junta Directiva en donde se evidencia la participación del señor alcalde mayor.[222] Por ello, fue que el mandatario distrital lideró varias reuniones llevadas a cabo en su despacho en donde se trataron aspectos relacionados con el servicio público de aseo durante el año 2012.[223] Igualmente, el señor alcalde mayor fue quien asumió como suya, en varios actos públicos y oficiales, la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación de dicho servicio. [224]

En consecuencia, si bien es cierto que el señor alcalde mayor de Bogotá no tenía dentro de los deberes consagrados en la Constitución y la Ley el de elaborar o participar en la elaboración de los estudios previos para la celebración de convenios interadministrativos, también lo es que su decisión fue

---

[220] Ibídem. Minuto 11 de dicha declaración.

[221] Conforme a la comunicación del entonces director de la UAESP HENRY ROMERO TRUJILLO, del 20 de noviembre de 2012, enviada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Confróntese con los folios 46 a 49 del anexo n.° 13 de la actuación.

[222] Actas de Junta Directiva n.° 2478 del 25 de julio de 2012, 2480 del 5 de septiembre de 2012, 2481 del 19 de septiembre de 2012 y 2483 del 12 de octubre de 2013. Pueden verse en el CD obrante en el folio n.° 5 del anexo n.° 16 de la actuación, documentación allegada mediante el acta de visita del 22 de marzo de 2013.

[223] Confróntese con la visita especial del 12 de febrero de 2013 en la Alcaldía Mayor de Bogotá, visible en los folios 101 y siguientes del cuaderno n.° 1 de la actuación. Los documentos obtenidos en esta visita se encuentran en el anexo n.° 9 de la actuación.

[224] Ver, entre otros, el acta del Senado de la República, cuyo documento reposa en el archivo «Acta 19-12 Noviembre 14 de 2012», de la carpeta «Acta de Basuras», obrante en el CD del folio 294 del cuaderno original n.° 2 de la actuación. Este CD fue allegado mediante la comunicación del 22 de abril de 2012, suscrito por el subsecretario del Senado de la República, visible en el folio 292 del cuaderno original n.° 2 de la actuación.

transmitida a los gerentes y directores de dichas entidades distritales, las cuales siguieron al pie de la letra la decisión consistente en que las entidades públicas asumieran la prestación y el manejo del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Por ello fue que con posterioridad a la suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012 y de la expedición del Decreto 564 de 2012, el señor DIEGO BRAVO BORDA, gerente general de la EAAB, le rendía informes al señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO PETRO. Rememoremos el oficio del 24 de diciembre de 2012, suscrito por el entonces gerente de la EAAB.

> De acuerdo con **sus instrucciones** a primera hora de la mañana del día 24 de Diciembre me desplacé a la ciudad de Cartagena **para tomar conocimiento del estado en el que se encontraban los carros compactadores de basura** de el (sic) primer desembarco que provino de la ciudad de Miami, y para identificar el estado en el que se encontraba el proceso de nacionalización de los mismos.
>
> **Durante todo el día mantuve comunicación con usted para informarlo de cada uno de los pormenores del asunto** que se puede resumir en que el aspecto físico de la mayor parte de los vehículos presenta un notable estado de corrosión y que se estaban haciendo las diligencias para que se hiciera la limpieza, desinfección y fumigación de los carros, de acuerdo con las exigencias que para el efecto hicieron tanto autoridades nacionales como autoridades locales.
>
> (…)
>
> **Como es de su conocimiento** una vez realizado ese procedimiento se debía seguir con los trámites para la correspondiente formalización del ingreso de los carros al país.[225]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Lo anterior fue un informe pormenorizado de las actividades y funciones que estaba desempeñando el gerente general de la EAAB presentado al jefe de la administración distrital, pero, según la misma comunicación, como consecuencia de las instrucciones dadas por el señor alcalde mayor de Bogotá, aspecto que guarda total coherencia con esas mismas «instrucciones» que el señor alcalde le había dado desde el mes de julio o agosto de 2012, como le constó directamente al testigo CARLOS ALBERTO ACERO.

[225] Confróntese con el mencionado oficio, visible en el folio 7 del anexo n.° 25 de la actuación.

Por lo tanto y contrario a lo señalado por el señor defensor, sí hay pruebas suficientes que demuestran que el disciplinado fue quien definió que las entidades del Distrito asumirían la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, cuya determinación se trasladó a los directores y gerentes de las entidades públicas que celebraron los respectivos contratos interadministrativos.

7.1.3 Convenio interadministrativo 17 de 11 de octubre de 2012 suscrito entre la UAESP y la EAAB.

7.1.3.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor, citando apartes del acta n.° 2480 del 5 de septiembre de 2012 y de la declaración de ORLANDO RODRÍGUEZ, sostuvo que la modificación de los estatutos de la EAAB no se hizo por orden o instrucción del señor alcalde. Que una vez se puso a consideración de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, incluido el señor alcalde, «fueron todos ellos quienes decidieron ampliar el objeto de la EAAB con el fin de incluir la prestación del servicio de aseo, a través del Acuerdo n.° 12 de 2012».

De esa manera, explicó que la ampliación del objeto social fue una decisión adoptada por la mayoría de los miembros de la Junta Directiva de la EAAB, previos los análisis y revisiones jurídicas correspondientes elaboradas por los funcionarios de dicha empresa de servicios públicos, quienes concluyeron que era viable y así lo recomendaron a la Junta Directiva, para hacer los ajustes a los Estatutos de la empresa para prestar el servicio de aseo.

Además, señaló que la EAAB venía prestando el servicio de recolección de residuos sólidos desde hace varios años, como se indicaba en literal f) del Acuerdo n.° 10 de 2011, como quiera que era una actividad propia del servicio de alcantarillado, como parte del concepto de saneamiento básico. Que por ello los declarantes JORGE PINO RICCI y MARINO TADEO HENAO habían manifestado, en su concepto, que la EAAB tenía la capacidad jurídica para garantizar la prestación del servicio de aseo, y que la modificación a los estatutos solamente había tenido tuvo como finalidad reforzar y aclarar la competencia de la empresa en la prestación del servicio de aseo. Sobre dicho aspecto, enfatizó que el testigo PINO RICCI había manifestado que junto con varios profesionales asesores de la EAAB se había concluido que la competencia para ampliar el objeto de la EAAB estaba radicada en la Junta Directiva. Igualmente, que el declarante ATEHORTÚA RIOS había expresado que la EAAB tenía clara competencia jurídica para prestar el servicio de aseo y que él concordaba en que la modificación de los estatutos competía a la Junta Directiva.

Que, por todo ello, la Administración Distrital, como resultado de los estudios y análisis efectuados, concluyó que la mejor opción para garantizar la prestación del servicio de aseo, en las circunstancias en las que se hallaba el Distrito, era que la EAAB asumiera la prestación del servicio de aseo.

Así las cosas, manifestó que, si en gracia a la discusión, «se aceptara la tesis de la Procuraduría sobre la falta de capacidad y experiencia de la EAAB, no podría el ente de control imputar responsabilidad alguna al disciplinado», pues el alcalde no era el funcionario competente para suscribir ese convenio ni fue él quien solicitó que se hiciera con desconocimiento de la normatividad vigente. Sin embargo, añadió que los documentos y los testimonios traídos al proceso contradecían la apreciación de la Procuraduría.

Por tanto, puntualizó que la EAAB sí tenía la experiencia y la capacidad e idoneidad para prestar el servicio de aseo, como constaba en los estudios previos efectuados tanto por la UAESP como por la EAAB que obraban en el expediente, de los cuales efectuó algunas citas para decir que la percepción de la Procuraduría sobre la capacidad y experiencia no era la única y exclusivamente válida. Además, señaló que en libro «El Agua en la Historia de Bogotá» se relataba la activa participación de la empresa de Acueducto en las actividades de recolección de desechos sólidos.

Por otra parte y trayendo a colación otros apartes de la declaración del doctor JORGE PINO RICCI, resaltó que estaba probado que con técnicos altamente especializados y muy respetables en la materia se verificó que la EAAB tenía la capacidad técnica para prestar el servicio, así como la capacidad administrativa, pues esta empresa tenía subgerentes con una muy larga y acreditada experiencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios y personas que sabían cómo se organizaba un servicio. Incluso, que estos técnicos manifestaron que por la forma en que se presta el servicio de aseo este era menos complejo que el de acueducto y alcantarillado y que, «si bien la empresa de acueducto no tenía experiencia específica, sí tenía la capacidad para prestar el servicio». Igualmente que este testigo puso de presente que la normatividad no exigía para la celebración de convenios interadministrativos que la entidad pública contara con experiencia específica, mucho menos cuando se trataba de actividades que podían ser subcontratadas.

Relacionado con el argumento anterior, también precisó que el declarante MARINO TADEO HENAO había dicho que se realizaron todas las reuniones indispensables para examinar la capacidad e idoneidad de la EAAB orientadas a prestar el servicio de aseo y que los prestadores públicos de servicios lo que tienen básicamente, en cualquier parte del mundo, es capacidad administrativa y financiera, porque hay áreas específicas que es muy normal que se subcontraten. Que ni siquiera era deseable que una «empresa de servicios

públicos hiciera todo lo que corresponda a las actividades de las que forma parte del servicio» y que «la tercerización o el outsourcing es lo normal en la gestión de servicios públicos», como ocurría en Colombia.

Por ello, el señor defensor añadió que la EAAB era, de lejos, la entidad que tenía la mayor idoneidad para prestar el servicio de aseo, puesto que dicha empresa había prestado servicios públicos de mayor complejidad, como el de alcantarillado, el cual, según el testigo MARINO TADEO HENAO, lo había prestado dicha empresa con eficiencia por muchos años.

De igual manera, que así se había referido el testigo ATEHORTÚA, quien manifestó no tener duda de la competencia jurídica de la EAAB para prestar el servicio y sobre su idoneidad técnica. Además que este testigo señaló, entre otras razones, que en materia de servicios públicos todos los procesos se pueden tercerizar. No obstante, que este declarante agregó que era recomendable que se tuviera un conocimiento pleno de las etapas y procesos del servicio y que se haya podido determinar cuáles son los procesos críticos que se tenían que manejar directamente. Que por todo ello el testigo consideró que la EAAB estuvo en capacidad de asumir el servicio, tomando las medidas y haciendo los esfuerzos para tal fin.

Continuando con la capacidad y experiencia de la EAAB, trajo a colación otros dos testimonios: el de CARLOS ALBERTO ACERO y el de DARÍO BELTRÁN. Del primero de ellos refirió que había declarado que la EAAB «no tenía personal con experiencia específica en aseo, pero operativamente sus directivos, técnicos y operarios sí eran capaces para prestar el servicio de aseo, y que solamente se requería contratar personal y buscar apoyo de terceros, lo cual en efecto se hizo».

Del señor DARÍO BELTRÁN refirió que esta persona afirmó, en su criterio, que la EAAB «no contaba con la experiencia en la prestación del servicio de aseo, lo cual, como lo manifestó el doctor PINO RICCI en su declaración, era cierto que no se tenía experiencia específica en aseo, pero que este es un aspecto que fue revisado con los técnicos de la empresa, quienes concluyeron que no impedía a la EAAB asumir el servicio, pues la forma en que se presta el servicio de aseo es menos compleja que acueducto y alcantarillado».

El señor defensor sostuvo que si bien el testigo DARÍO BELTRÁN dio a entender que la prestación del servicio de aseo es muy compleja, que dicho servicio lo circunscribió a la prestación de cuatro componentes, entre ellos la recolección, disposición, gestión comercial y corte de césped y poda de árboles. Así, que la gestión comercial correspondía a facturación, aforo, manejo del catastro y la atención del usuario, en lo cual la EAAB contaba y aun cuenta con todo el conocimiento y manejo suficientes según lo reconoce toda su trayectoria. Igualmente, que el testigo TULIO SARMIENTO, representante legal

de Aseo Capital, había explicado que el servicio de aseo también tenía como elemento el transporte y que por ello debía tener rutas, horarios y frecuencias.

En consecuencia, que a partir de estas declaraciones no había duda de que la EAAB tenía experiencia suficiente para la gestión comercial del servicio público de aseo, pues dicha empresa es la que siempre ha tenido la facturación del servicio aseo. Igualmente que tenía experiencia en el manejo de catastro y en atención de usuarios. Además, que también tenía experiencia de transporte de residuos sólidos, con rutas, horarios y frecuencias y que podía conseguir personal para el corte de césped y poda de árboles.

En tal sentido, sostuvo que, pese a lo afirmado por el doctor DARÍO BELTRÁN, la EAAB sí tenía la experiencia para la prestación del servicio de aseo, en los componentes por él descritos. Por ello, añadió que la valoración de la UAESP para establecer la experiencia de la EAAB estaba ajustada al principio de planeación previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, ya que, a pesar de que ni esta norma ni las reglamentarias establecen reglas precisas y específicas de qué experiencia, capacidad financiera y de organización se debe exigir al futuro contratista, la EAAB sí estaba en condiciones de asumirlos. Incluso, que «la ley le otorgaba discrecionalidad a la entidad contratante para determinar dichos elementos sobre la base de ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor».

Por todo lo dicho, concluyó que era evidente que las declaraciones de los testigos JORGE PINO RICCI, MARINO TADEO HENAO, CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA y CARLOS ALBERTO ACERO mostraban y comprobaban que la EAAB tenía la experiencia y capacidad para organizarse para la prestación del servicio, en la medida en que tenía experiencia en el manejo y logística de equipos necesarios, la cual era suficiente para el componente de recolección, y además tenía experiencia comercial y financiera para gestionar el negocio y para el manejo del recurso humano requerido. Que, además, podía, ya que se le está permitido, subcontratar actividades relacionadas con la prestación del servicio de aseo con operadores privados y trabajadores y empelados habilitados para ello.

7.1.3.2 Consideraciones de la Sala.

La primera afirmación del señor defensor, conforme al acta n.° 2480 del 5 de septiembre de 2012 y la declaración de ORLANDO RODRÍGUEZ, fue que la modificación de los estatutos de la EAAB no se hizo por orden o instrucción del señor alcalde. Sin embargo, esta aseveración está totalmente desvirtuada, porque, por un lado, la idea del señor alcalde de que se manejara la prestación del servicio de aseo por parte de un operador público quedó planteada desde el acta de Junta Directiva n.° 2478 del 25 de julio de 2012. Por el otro, así lo

manifestó CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, cuando, desde los meses de julio y agosto de 2012, el señor alcalde le decía a DIEGO BRAVO, gerente de la EAAB, que «se pusiera de acuerdo con la UAESP para mirar cómo se hacía»[226] y que, días después, le indagaba por la situación, refiriéndole que era urgente «que el Distrito tuviera la flota para que pudiera prestar el servicio».[227] En tal sentido, es claro que estas dos situaciones fueron anteriores al 5 de septiembre de 2012, fecha en la que se modificaron los estatutos y en donde participaron los demás miembros de la Junta Directiva. En otras palabras, primero se da la instrucción del señor alcalde mayor y luego la modificación de los estatutos por parte de toda la Junta Directiva, en donde igual participó el disciplinado.

En segundo orden, no puede ser de recibo la tesis de que la EAAB venía prestando el servicio de recolección de residuos sólidos desde hace varios años, como se indicaba en literal f) del Acuerdo n.° 10 de 2011, como quiera que era una actividad propia del servicio de alcantarillado y parte del concepto de saneamiento básico. Para ello, comparemos la función que estaba contemplada en el Acuerdo n.° 10 de 2011 con la que se adoptó en el Acuerdo n.° 12 del 5 de septiembre de 2012:

Literal f) del artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010. (Es el nuevo literal g) de ese mismo artículo, en virtud de la modificación del Acuerdo 12 de 2012)	**Nuevo literal d) del artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010, modificado por el Acuerdo 12 de 2012.**
Operar y gestionar proyectos de saneamiento básico integral, manejo de residuos líquidos y sólidos, energía y mecanismos de desarrollo limpio.	La recolección, transporte, transferencia y tratamiento de residuos sólidos. Así como las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recolección, transporte, transferencia, tratamiento de residuos sólidos originados por estas y demás actividades complementarias.

La función establecida en el literal d) del artículo 4 del Acuerdo n.° 11 de 2010, por virtud de la modificación del Acuerdo n.° 12 del 5 de septiembre de 2012, es una nueva actividad principal dentro del objeto social de la EAAB, que se deriva propiamente de la prestación del servicio público domiciliario de aseo, posibilidad que no se contemplaba en el artículo 4 original.

Por esta razón, es equivocado argumentar que una responsabilidad como la asumida por la EAAB, a partir de la celebración del contrato interadministrativo n.° 17 del 11 de octubre de 2012, ya se venía haciendo, pues los estatutos de la

[226] Confróntese con el minuto 10 de la declaración del señor CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[227] Ibídem. Minuto 11 de dicha declaración.

EAAB, antes del 5 de septiembre de 2012, no tenían expresamente dentro del objeto social la posibilidad de la prestación del servicio público domiciliario de aseo con todos los componentes que relacionados con la recolección, transporte, transferencia y tratamiento de residuos sólidos, así como las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recolección, transporte, transferencia, tratamiento de residuos sólidos originados por estas y demás actividades complementarias.

Si lo anterior no fuera cierto, no hubiese tenido ningún sentido efectuar la modificación del artículo 4 del referido Acuerdo, la cual ocurrió el 5 de septiembre de 2012. Sin duda alguna, esta fue una de las consecuencias de la instrucción del señor alcalde mayor de Bogotá al gerente DIEGO BRAVO en el sentido de «mirar cómo se hacía», situación que es lógica porque la EAAB jamás había prestado el servicio de aseo en las condiciones mínimas que se requerían a partir del 18 de diciembre de 2012.

Por lo tanto, puede ser cierto que los declarantes JORGE PINO RICCI y MARINO TADEO HENAO hayan manifestado que la EAAB tenía la capacidad jurídica para prestar el servicio de aseo, pero ello ocurrió a partir del 5 de septiembre de 2012, en el momento en que se modificaron los estatutos. Sin embargo, una cosa es la capacidad jurídica, y otra muy distinta es la capacidad técnica, operativa y organizacional y el conocimiento y experiencia que se necesitaban para asignarle la responsabilidad en la prestación y el manejo del servicio público de aseo en toda la ciudad de Bogotá. Ahora bien, es indiscutible que la competencia para ampliar el objeto de la EAAB estaba radicada en la Junta Directiva, en la cual, de todas formas, también hizo parte el señor alcalde mayor, pero asimismo es inopinable que la decisión ya la había tomado el mandatario distrital, por lo cual lo que se hizo en la Junta Directiva del 5 de septiembre de 2012 no fue sino la ratificación de las instrucciones que el señor alcalde ya le había dado al entonces gerente de la EAAB. De ese modo, es incorrecto que se diga que la modificación de los estatutos fue «el resultado de los estudios y análisis efectuados», ya que los documentos que sirvieron de estudios, cuyas falencias están demostradas, y la modificación de los estatutos, precisamente fueron la consecuencia de la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá.

En tercer orden, la Sala ya ha explicado las razones por las cuales la EAAB no tenía la experiencia, capacidad e idoneidad para prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Además de que el objeto social se cambió a escasos días de la firma del contrato interadministrativo y que fue necesario adelantar de forma apresurada una serie de contratos para conseguir los equipos mínimos requeridos para prestar el servicio —algo que en todo caso no se logró—, la EAAB pasó toda la responsabilidad operativa a la empresa Aguas de Bogotá en virtud del contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012. Adicional a que esta empresa adelantó otra serie de contratos tendientes a conseguir los

equipos mínimos requeridos para prestar el servicio, algo que tampoco sirvió, llegado el día y la hora del inicio del nuevo modelo implementado por el señor alcalde mayor de Bogotá ni la EAAB ni Aguas de Bogotá pudieron asumir la prestación del servicio de aseo, lo que desató la emergencia durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Además de que las pruebas demuestran que esta conclusión es cierta, la misma administración distrital, cuatro días antes, profirió el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012 porque sabía que no tenía los vehículos aptos y requeridos para prestar el servicio; incluso, el estado de anormalidad, que no fue otro que el permitir el uso de vehículos volquetas, lo extendió el señor alcalde por el término de cuatro meses. Es más, no se había iniciado el nuevo esquema y ya la UAESP, el 17 de diciembre de 2012, estaba decretando la urgencia manifiesta para poder contratar nuevamente a los operadores privados.

En tal forma, la evidente falta de experiencia y capacidad, reflejada en las anteriores situaciones, fue informada por varias autoridades y con la debida antelación a las entidades del Distrito y al señor alcalde mayor de Bogotá. Así mismo, los diferentes controles de algunas entidades se activaron y por eso el señor alcalde fue citado al Senado de la República el 14 de noviembre de 2012 a rendir las respectivas explicaciones.[228] Del mismo modo, a esta altura procesal se sabe que el doctor DIEGO BRAVO desde los meses de julio y agosto de 2012 le dijo al señor alcalde que la EAAB «no estaba preparada para asumir dicha responsabilidad». Igualmente, esta posición fue advertida por los señores DARÍO ARTURO BELTRAN, contratista del Distrito, y CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, funcionario de la EAAB, quienes así lo manifestaron ante las Juntas de la EAAB, en donde el último de ellos se lo hizo saber directamente al gerente DIEGO BRAVO, persona que le dijo que así se lo haría saber al señor alcalde mayor de Bogotá.

Así las cosas, no es cierto que la percepción de la Procuraduría sobre la falta de capacidad y experiencia de la EAAB fue la «única y exclusivamente válida», sino que fueron distintas autoridades, entidades, funcionarios externos y de la administración distrital que así lo advirtieron, cuyo llamamiento por muchísimas vías llegó al conocimiento del señor alcalde mayor de Bogotá y de sus inmediatos colaboradores.

En cuarto orden, el señor defensor se valió de algunos apartes de la declaración del doctor JORGE PINO RICCI, quien resaltó que con técnicos altamente especializados y muy respetables en la materia se verificó que la

[228] Conforme al acta del Senado de la República, cuyo documento reposa en el archivo «Acta 19-12 Noviembre 14 de 2012», de la carpeta «Acta de Basuras», obrante en el CD del folio 294 del cuaderno original n.° 2 de la actuación. Este CD fue allegado mediante la comunicación del 22 de abril de 2012, suscrito por el subsecretario del Senado de la República, visible en el folio 292 del cuaderno original n.° 2 de la actuación.

EAAB tenía la capacidad técnica para prestar el servicio, así como la capacidad administrativa. Sin embargo, esta aseveración está desmentida con lo informado por los señores DARÍO ARTURO BELTRÁN y CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO. Pero, además, y bien como lo puso de presente el señor defensor, la opinión del doctor RICCI en otro momento de su declaración fue que la EAAB «no tenía experiencia **específica** en aseo, pero que este era un aspecto que fue revisado con los técnicos de la empresa, quienes concluyeron que no impedía a la EAAB asumir el servicio, pues la forma en que se presta el servicio de aseo es menos compleja que acueducto y alcantarillado».[229] Es decir, mientras que en una respuesta el testigo dijo que la EAAB sí tenía la capacidad técnica para prestar el servicio, en otra de ellas reconoció que no la tenía de manera específica, explicando que esto no era relevante, dada la menor complejidad que, según él, tenía el servicio de aseo frente al de Acueducto y Alcantarillado. Entonces, al margen de la mayor o menor complejidad, lo cierto es que este testigo terminó reconociendo que la EAAB no tenía la experiencia y capacidad **específica**,[230] conclusión que en últimas concuerda con lo que advirtieron los testigos BELTRÁN y ACERO.

Con todo, la Sala observa que este testigo al igual que el declarante MARIO TADEO LEÓN HENAO son de la tesis de que la prestación del servicio de aseo tiene una mínima dificultad, muy por debajo de la que sí podría tener el servicio de Acueducto y Alcantarillado, argumentación que fue dirigida a respaldar la supuesta experiencia y capacidad de la EAAB para manejar el servicio de aseo.

Sin embargo, obsérvese que el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS explicó que para entrar al mercado de aseo se deben cumplir unos requisitos de ley y que ello no es tan fácil; refirió que eso tiene unos costos y que no es una tarea sencilla.[231] Para ello, puso el ejemplo de la empresa REDIVA, la cual comenzó como operador contratista de la empresa de Aseo de Bucaramanga durante 6 o 7 años. Resaltó que después de ese tiempo dicha empresa decidió convertirse en un operador del servicio de aseo en Bucaramanga, porque ya conocía el mercado durante esos 6 o 7 años. Pero que aún con este tiempo, a la fecha tenían a lo sumo el 4 o 5 por ciento de la ciudad; que eso era todo «de lo que había sido capaz».[232]

Así mismo, DARÍO ARTURO BELTRÁN señaló que su participación en el cambio de modelo de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá se debió a dos contratos de consultoría, en donde uno de ellos tenía como objeto un rediseño de un plan maestro de aseo para la ciudad de Bogotá, el cual

---

[229] Confróntese con los minutos 18 y siguientes de la declaración del doctor JORGE PINO RICCI, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[230] Ibídem. Minutos 53 y siguientes de la declaración. Y, puntualmente, en el minuto 56.
[231] Confróntese con los minutos 26 y siguientes de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[232] Ibídem.

contenía la elaboración de un plan de operaciones.[233] En tal forma, este testigo refirió que hacer un plan de operaciones era «muy complejo» y agregó que contratos como el celebrado con su empresa, cuyo objeto fue la elaboración de ese plan de operaciones, no era usual que se hiciera, porque se suponía que «a quien le encomendaban la prestación del servicio de aseo este tenía que "armar" un plan de operaciones y un plan de trabajo para hacerlo»; que esto no se subcontrataba, «por lo cual el caso de Bogotá era atípico». Igualmente, que cuando una empresa ganaba una licitación para prestar el servicio de aseo se armaba un plan de operaciones «mucho antes de iniciar el contrato, para poderlo hacer con tiempo». Agregó que la EAAB no tenía la experiencia y esa era la razón por la cual el operador público tuvo que hacer estos dos contratos.[234]

Más adelante y frente a una pregunta de la defensa relacionada con el conocimiento del testigo sobre detalles de cómo iba la implementación del nuevo modelo de prestación del servicio, el declarante respondió que sí los tuvo en una reunión de la Junta Directiva de la empresa de Aguas de Bogotá a la cuál fue invitado como asesor del Acueducto, reunión que se llevó a cabo apenas tres o cuatro día antes del inicio de la prestación del servicio el 18 de diciembre de 2012.[235] En cuanto a esos detalles, y concretamente sobre un informe de Aguas de Bogotá dirigido a la EAAB, dijo lo siguiente:

> El informe, a mi juicio, era muy optimista. En realidad, era distinto a lo que sucedía, porque me parece a mí que la gente de Aguas de Bogotá pretendía tener todo resuelto, **pero, pues, esto es una cosa muy compleja, por lo que es dispendiosa,** y en la práctica, digamos, no se tenía tan resuelto: **no estaba toda la gente; no estaban todas las herramientas, en su momento; eso es un poco lo que ayuda a generar la situación el 18,** a mi juicio (…) A mí me parece que en el informe a la Junta de pronto Aguas de Bogotá le había dado información que era más optimista que realista, creo yo, **y el día 18 efectivamente ni estaba toda la gente, ni estaba todo el equipo; era distinto el informe a la realidad.** Yo inclusive en la Junta dejé sentado mi apreciación sobre todo lo que faltaba.[236]

---

[233] Confróntese con los minutos 5 y siguientes de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[234] Ibídem. Minutos 13 y siguientes de la declaración. Por otra parte, el testigo explicó que el primer contrato tuvo una duración de un mes por un valor de quinientos millones de pesos ($500'000.000), mientras que el segundo tuvo un valor de ciento veinte millones de pesos ($120'000.000) mensuales, con un término de duración de cuatro meses y medio. (Minutos 8 y siguientes de su declaración).
[235] Ibídem. Minuto 30.
[236] Ibídem. Minutos 30 y siguientes.

De manera posterior precisó que el operador público falló porque no tuvo el plan de operaciones, ni los equipos, ni el personal, para atender las exigencias que debía tener desde el día 18 de diciembre de 2012; que por eso «pasó lo que pasó, pues no se tenían los equipos, ni el plan de operaciones, ni la gente: tuvieron que salir corriendo a encontrar la salida en la Alcaldía, y la administración volver a contratar los privados, hacer más chica la zona que atendía el operador público y encontrar la salida».[237]

Por su parte, TULIO EDUARDO SARMIENTO refirió que «el esquema del servicio de aseo no es tener camiones y botarles basura», explicando que su prestación no era fruto de la improvisación, en donde las deficiencias se castigaban como sucedía en todo el país.[238] De la misma manera, ÓSCAR SEBASTIAN ALESSO, refiriéndose al servicio de aseo, dijo que «era algo complicado, no para alguien que debutara»; que por eso, en alguna ocasión, antes del inicio del nuevo modelo, le ofreció los servicios de asesoría la doctor BRAVO, gerente de la EAAB, la cual este no aceptó.[239] Seguidamente, destacando la «complejidad del servicio de aseo», agregó que este era un servicio «multidisciplinario».[240]

Así las cosas la ausencia o baja complejidad en la prestación del servicio de aseo en la opinión de los abogados JORGE PINO RICCI y el MARIO LEÓN TADEO HENAO está ampliamente rebatida por el experto consultor DARÍO ARTURO BELTRÁN, el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, y por las explicaciones de TULIO EDUARDO SARMIENTO y ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, como representantes legales de empresas que llevan prestando el servicio de aseo por tiempos que alcanzan a los veinte años. No se puede pasar por alto que los hechos sucedidos en el mes de diciembre de 2012 y la prestación del servicio en los meses subsiguientes en los que el operador público utilizó volquetas respaldan las afirmaciones de estos últimos testigos y no las meras opiniones de los dos respetables abogados. En tal sentido, si la complejidad en la prestación del servicio de aseo es un criterio que se debe tener en cuenta para determinar si la EAAB tenía la experiencia y capacidad requerida, las declaraciones de los testigos técnicos y representantes legales de empresas públicas y privadas ratifican que efectivamente a las empresas del Distrito les faltaba acreditar estas condiciones mínimas para prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, situación que igualmente es predicable de la otra empresa distrital Aguas de Bogotá.

---

[237] Ibídem. Minutos 33 y siguientes.
[238] Confróntese con los minutos 31 y siguientes del primer archivo la declaración de TULIO EDUARDO SARMIENTO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[239] Confróntese con los minutos 48 y siguientes del primer archivo de la declaración de ÓSCAR SEBASTIAN ALESSO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[240] Ibídem. Minutos 1.20 y siguientes del primer archivo de la declaración.

En quinto orden, el señor defensor destacó que tanto el doctor MARINO TADEO HENAO como el doctor CARLOS ATEHORTÚA RIOS habían dicho que es normal que una empresa de servicios públicos subcontrate, para desestimar la apreciación de la Procuraduría sobre la falta de experiencia y capacidad de la EAAB.

Pues bien, al igual como sucedió con la supuesta menor dificultad de la prestación del servicio de aseo, rememoremos lo que explicó el testigo DARÍO ARTURO BELTRÁN sobre el tema de la tercerización. En efecto, recuérdese que este experto estuvo al frente de dos contratos de consultoría, de los cuales uno de ellos tuvo por objeto el diseño del plan maestro de aseo para la ciudad de Bogotá y el otro, el asesorar a la EAAB en las gestiones que hacían parte de la gestión comercial de aseo urbano.

Sobre este aspecto, el dato que no puede pasar desapercibido es que el primer contrato se suscribió el 23 de noviembre de 2012 con un término de duración de un mes, por lo cual la entrega los productos de esta consultoría no iban estar lista con el suficiente tiempo de antelación para el momento en que inició el nuevo modelo de prestación del servicio de aseo, el cual fue el 18 de diciembre de 2012. No en vano el declarante afirmó que a pesar de que ellos entregaron los productos a tiempo desde el punto de vista contractual, posiblemente estos no se utilizaron y que Aguas de Bogotá empleó las mismas rutas y frecuencias con las que venían trabajando los operadores privados.[241] En cuanto al segundo contrato, la situación es todavía más diciente: la consultoría para la gestión comercial de aseo urbano inició apenas el 25 de diciembre de 2012;[242] es decir, más de dos meses a la firma del contrato interadministrativo y siete (7) días después al momento del inicio del nuevo modelo, 18 de diciembre de 2012, fecha esta última en la que en teoría este aspecto debería estar listo.

Dejando de lado por un momento el tema de la tercerización, lo cierto es que estas actividades subcontratadas no estaban culminadas para el momento en que iniciaba el nuevo modelo de prestación del servicio adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá. Para ello, miremos una de las preguntas que se le hizo al testigo y su ilustrativa respuesta:

> **PREGUNTA:** ¿Sabe las razones por las cuales el segundo contrato de consultoría no se llevó a cabo antes del inicio de las operaciones? **RESPUESTA:** «Yo pensaría que de pronto **no tenían tan claro el panorama de todas las actividades necesarias para el cumplimiento del contrato suscrito entre UAESP y EAAB** y que estaban diseñando

[241] Confróntese con el minuto 10 de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[242] Ibídem. Minutos 5 y siguientes.

> **hasta ahora el plan de prestación del servicio y atención de ese convenio.**[243]

No en vano, unos minutos atrás en la declaración el testigo BELTRÁN había explicado que «la EAAB se había dado cuenta que en su convenio con la UAESP tenía la labor de la gestión comercial en su responsabilidad y por eso decidió buscar asesoría para su implementación»,[244] lo cual claramente lo entiende la Sala en el sentido de que el operador público se dio cuenta cuando ya había iniciado el modelo (25 de diciembre de 2012), y no antes, lo cual era apenas obvio y necesario.

Sobre este particular, la defensa del disciplinado le indagó la forma en cómo le habían constado las situaciones por él relatadas, y en la respuesta, no solo ratificó que conoció los hechos con claridad, sino que aseveró que el Acueducto hasta ahora estaba iniciando todo el proceso correspondiente con miras a cumplir con el contrato UAESP – EAAB; en suma, que cuando esos contratos de consultoría se celebraron (23 de noviembre y 25 de diciembre de 2012) la EAAB no tenía listas esas actividades necesarias:

> **PREGUNTA DE LA DEFENSA:** Usted, en varias respuestas que le ha indicado al despacho, ha manifestado que en su criterio el Acueducto hizo o no hizo determinadas conductas, como la que acaba de dar. ¿Esto lo hace por un percepción personal o porque hizo un estudio o un análisis o conoció hechos que lo llevan a esa conclusión?». **RESPUESTA: «Conocí hechos con claridad, y es que las obligaciones que establece el convenio entre UAESP y Acueducto eran tácitas, expresas y claras y para cumplir con esas actividades,** digamos, creo yo, que el Acueducto estaba empezando a buscar cómo cumplir con cada una de ellas; **entonces, conocí hechos y tengo la experiencia para afirmar que estaba el Acueducto hasta ahora iniciando todo el proceso correspondiente a lograr cumplir con el contrato,** como efectivamente lo ha venido haciendo, **pero en ese momento estaba iniciando eso; es decir,** previo a eso, y eso lo conocí yo, no hubo ninguna otra actividad distinta encaminada a cumplir esa actividad; por eso lo digo; **previo a cuando llegamos nosotros, no se había diseñado el plan de gestión comercial del servicio».**[245]

Ahora bien, dicho esto, retomemos el tema de la tercerización. Observemos que este mismo testigo, quien tiene una experiencia de más de 20 años en el sector del servicio público de aseo urbano, manifestó que «una empresa prestadora

[243] Ibídem. Minutos 21 y siguientes.
[244] Ibídem. Minutos 17 y siguientes.
[245] Ibídem. Minutos 22 y siguientes.

del servicio de aseo solo subcontrata lo que por su nivel científico y tecnología no es rentable tener propio».[246] Para la Sala, esta afirmación es totalmente cierta y ella es una de las razones por las cuales se ha dicho que la EAAB no tenía la experiencia y capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo, pues a Aguas de Bogotá no se le subcontrató por aquellas cuestiones «científicas o de tecnología» que no tenía la EAAB, sino para pasarle toda la responsabilidad en la prestación del servicio de aseo en virtud de un contrato por una valor de ciento dieciséis mil millones de pesos ($116.000'.000.000), subcontratación que en todo caso no evitó la crisis ocurrida en el mes de diciembre de 2012 y ante lo cual fue necesario invertir más recursos para que la UAESP volviera a contratar a los operadores privados.

Ante la pregunta de la defensa sobre la subcontratación de actividades, el testigo dijo que siempre será posible subcontratar todo lo que se quiera, pero que «en materia del servicio público no era usual que se hiciera porque el control completo del servicio pasa por tener el control en la gestión comercial».[247] Por ello, sobre una de las actividades subcontratadas por la EAAB, dijo lo siguiente:

> **Es una cosa que uno no terceriza nunca,** porque tener el catastro de usuarios, por ejemplo, saber cuántos clientes tiene, cómo les cobra, cuántos son, qué estrato tienen, **eso normalmente no lo terceriza uno, porque es el control real del servicio** (…) no conozco casos de empresas que subcontraten eso; caso de Bogotá, por ejemplo, los operadores privados que antes atendían la ciudad subcontrataron eso, pero con una empresa de ellos mismos; o sea, crearon ellos mismos una empresa para que hiciera esa actividad, **pero no es usual tercerizar esa actividad.**[248]

Sobre dicha situación la defensa le hizo una contra pregunta:

> **CONTRA PREGUNTA DE LA DEFENSA:** «¿En su conocimiento, en todo el país **nadie terceriza?**». **RESPUESTA:** «**Esa actividad central no.** Tercerizan algunas actividades, lo de la facturación; el diseño de tarifas. Digo, no es usual, si me pregunta a mí, en lo que yo conozco. Podemos, en mi opinión, hacer un barrido: Barranquilla, Medellín, Cali, Bogotá, Bucaramanga, Cartagena. **Yo conozco un poco cómo funciona el negocio.** No es tan usual, digamos».[249]

[246] Ibídem. Minuto 21.
[247] Ibídem. Minuto 24.
[248] Ibídem. Minuto 24.
[249] Ibídem. Minutos 25 y siguientes.

En consecuencia, no es cierto que la EAAB fuera, de lejos, «la entidad que tenía la mayor idoneidad para prestar el servicio de aseo», como lo destacó el señor defensor, valiéndose de las opiniones de los abogados MARINO TADEO HENAO y ATEHORTÚA RÍOS, porque a estos no les constó lo que rememoró DARÍO ARTURO BELTRÁN, experto en la materia y quien participó como consultor en algunas de las actividades que precisamente subcontrató la EAAB, situación que además de no ser usual por la inexperiencia y capacidad del operador público ocurrió demasiado tarde.

Incluso, volviendo a la falta de experiencia y capacidad de la EAAB, el mismo abogado del disciplinado trajo a colación algunos apartes de los testimonios de CARLOS ALBERTO ACERO y DARÍO ARTURO BELTRÁN, pero matizando sus respuestas a partir de sus apreciaciones como defensor y no de lo que realmente dijeron estos declarantes. Por ello, es totalmente equivocado que se diga que a partir de estas declaraciones no había duda de que la EAAB tenía experiencia suficiente para la gestión comercial del servicio público de aseo, pues precisamente estos testimonios desmienten con creces dicha conclusión.

Por último, la celebración del contrato entre la UAESP y la EAAB no era un asunto que podría quedar a la mera discrecionalidad de las autoridades distritales, pues en materia de contratación la selección objetiva del contratista es un principio elemental e ineludible. Menos que se diga que esta discrecionalidad es posible sobre la proporcionalidad de la naturaleza del contrato a suscribir y su valor, pues está demostrado los cuantiosos recursos que representaron los dos contratos interadministrativos, la nueva flota de compactadores, los nuevos contratos con operadores privados, el alquiler de un número inusual de volquetas, el alquiler de vehículos compactadores usados y aquellas actividades a las que se vio obligada subcontratar la EAAB sin ninguna necesidad.

7.1.4 Contrato interadministrativo 809 de 4 de diciembre de 2012 suscrito entre la EAAB y Aguas de Bogotá S. A. E. S. P.

7.1.4.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor explicó que al estudiarse la posibilidad de prestar el servicio de aseo por parte de un operador público se tuvo en consideración a Aguas de Bogotá S.A ESP por ser una filial de la EAAB, en cuyo objeto social estaba prevista la prestación del servicio de aseo y con experiencia en la operación del relleno sanitario Doña Juana. Que ello no se hizo a la ligera, porque también este era un asunto sujeto a los estudios de viabilidad solicitados por el señor alcalde, cuya elaboración era obligación de la EAAB, así como de la misma Aguas de Bogotá. Para ello, trajo a colación el documento denominado como «ANÁLISIS JURÍDICO, TÉCNICO, ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO PARA

LA OPERACIÓN DEL SERVICO PÚBLICO DE ASEO EN BOGOTÁ A CARGO DE AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P», el cual fue presentado a la Junta Directiva de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., según constaba en el acta n.° 93 de noviembre 29 de 2012, aprobado por dicho órgano, del cual no es integrante el señor alcalde mayor. Que, en todo caso, las funciones del alcalde mayor como miembro de la Junta Directiva de la EAAB no contemplaban su participación o intervención en los procesos de contratación de la EAAB y que, de todas maneras, allí participaba como un miembro más de la Junta, sometido a las reglas de organización, funcionamiento y mayorías. Igualmente, que la Junta Directiva de la EAAB no participó en la celebración del convenio interadministrativo 809 de 2012, ni a ella se le presentaron estudios o documentos soporte de dicha contratación, pues no era parte de sus funciones.

Por otra parte, refirió que si bien se analizó la posibilidad de capitalizar a Aguas de Bogotá, como constaba en las actas n.° 2479 de 29 de agosto de 2012 y 2480 de 5 de septiembre de 2012 de la Junta Directiva de la EAAB, ello no implicaba participar en la celebración del convenio ni comportaba una orden de actuar por fuera del marco legal.

Además, sobre el anterior aspecto destacó que el testigo ORLANDO RODRÍGUEZ también declaró que en cuanto a la participación de Aguas de Bogotá en la prestación del servicio de aseo, la Junta Directiva y el señor alcalde, como miembro de ella, solicitaron realizar los estudios necesarios para verificar la viabilidad para vincular a dicha empresa a la prestación del servicio de aseo. De esa manera, Aguas de Bogotá presentó un informe en el que el gerente de dicha empresa concluía que la empresa estaba preparada para prestar otros servicios, como el de aseo, pero que la junta no participó en la celebración del convenio con Aguas de Bogotá. Así mismo, ilustró que este testigo señaló que hubo varias reuniones con abogados de la Alcaldía, asesores externos, reuniones del CONFIS, Consejos de Gobierno, en los que se hizo seguimiento de las actividades de la administración, entre ellos el programa Basuras Cero y que el alcalde siempre solicitó opiniones técnicas, jurídicas financieras y de todo tipo sobre cómo dar mejor cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional, garantizar la inclusión de la población recicladora como empresarios y de la implementación de Basuras Cero.

De similar modo, dijo que la testigo MARÍA MERCEDES MALDONADO señaló que lo informado a la Junta respecto de Aguas de Bogotá era que tenía debilidades como empresa, pero no como operador, pues las dudas recaían sobre los estados financieros que aún no estaban auditados, más no en su situación financiera.

En cuanto a este mismo tema, volvió a destacar la declaración del doctor ATEHORTÚA, para decir, respecto del convenio con Aguas de Bogotá, que esta entidad no requería tener la misma solidez financiera que la EAAB, porque

aquella empresa no era quien iba a hacer las inversiones más fuertes. Además, que frente a la UAESP la responsable del servicio era la EAAB, y que en la contratación de esta con Aguas de Bogotá se definieron y asignaron las actividades que desarrollaría el contratista y las que ejercería la entidad contratante.

Por lo anterior, explicó que el señor acalde mayor en ningún momento había dado la orden ni a la EAAB ni a Aguas Bogotá de violar o quebrantar el ordenamiento jurídico, ni solicitó o requirió a ningún funcionario la tarea, el encargo o la misión institucional de llevar a cabo actuaciones por fuera de la ley. En todo caso y como lo habían manifestado los testigos ATEHORTÚA y PINO RICCI, la EAAB podía celebrar subcontratos, por lo que el supuesto según el cual la EAAB contaría con el apoyo de una filial suya para la prestación del servicio de aseo no era un designio administrativo irregular o que mostrara falta de capacidad de dicha entidad para prestar el servicio de aseo. Sobre este punto añadió que la Procuraduría no podía olvidar que la EAAB, así sea una entidad estatal, era una empresa, cuyos servicios, así sean de servicios públicos, se regía por las reglas de una economía de mercado, dentro de las cuales, la integración vertical y la tercerización, entre otras herramientas, son comunes para la búsqueda de la óptima utilización de los recursos financieros, técnicos y del talento humano, por lo que no era prueba de incapacidad o falta de experiencia como lo pretendía el ente de control. Así mismo y tal como lo hizo en el escrito de descargos, manifestó que la Procuraduría tampoco tuvo en cuenta que la EAAB y Aguas Bogotá no sometían su contratación al Estatuto General de Contratación y, por tanto, sus estudios previos no estaban sujetos a las reglas y condiciones de sus normas.

Por todo lo dicho, recalcó que de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, la celebración del contrato interadministrativo n.° 809 de 2012 se hizo con cumplimiento de las normas del derecho privado y del Manual de Contratación de la EAAB que le son aplicables, los cuales eran diferentes y, ciertamente, más flexibles que el régimen estatal de contratación. Sobre este aspecto, refirió que la testigo MARÍA MERCEDES MALDONADO declaró que en la Junta Directiva de la EAAB se habló de la adquisición de la flota, pero que los contratos de arrendamiento de flota no fueron discutidos por este órgano por ser asuntos contractuales que no son de su competencia. Y en cuanto a los contratos celebrados por Aguas Bogotá para el alquiler de vehículos, agregó que estos no eran irregulares y que tanto la EAAB como Aguas de Bogotá, en su calidad de contratista y subcontratista, tenían autonomía para determinar las gestiones que requirieran adelantar para cumplir debidamente con sus contratos, reiterando que el señor alcalde mayor no participaba ni intervenía en dicha contratación.

7.1.4.2 Consideraciones de la Sala.

Nuevamente la Sala debe insistir en que la imputación efectuada al señor alcalde mayor de Bogotá consistió en la determinación que este hizo a los directores de las entidades del Distrito, entre ellas la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, para que estas dos últimas empresas asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. En tal forma, resulta claro que el señor alcalde mayor de Bogotá no tuvo participación directa en las precisas actividades que conformaron las etapas precontractuales y contractuales de los dos contratos interadministrativos, como, por ejemplo, la elaboración de los estudios y actividades similares y puntuales. Pero lo que sí está demostrado en que desde el mes de julio y agosto de 2012 el señor alcalde mayor de Bogotá le dio precisas instrucciones al señor gerente de la EAAB para que este se pusiera de acuerdo con la UAESP para que la prestación del servicio lo asumiera una entidad pública, tal y como lo presenció el funcionario de la EAAB CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO.

De esa manera, la decisión en cabeza del alcalde mayor para que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio fue evidente, la cual fue defendida durante el segundo semestre del año 2012 por parte de los funcionarios directivos del Distrito y por el mismo mandatario distrital. En otras palabras, esta decisión se originó en el señor alcalde mayor de Bogotá y siempre estuvo bajo su dominio, por lo que es intrascendente que él no hiciera parte de la Junta Directiva de la empresa Aguas de Bogotá, por cuanto la celebración del segundo contrato interadministrativo se vino a dar el 4 de diciembre de 2012, fecha en la cual el disciplinado ya había adoptado su decisión. Igualmente, cuando se elaboró el documento que sirvió supuestamente de estudio para que Aguas de Bogotá asumiera la responsabilidad en la prestación del servicio, la determinación del señor alcalde ya se había dado tiempo atrás. Obsérvese, por ejemplo, que mientras el señor defensor afirma que ese documento fue presentado en la Junta del 29 de noviembre de 2012 (conforme al acta n.° 93 de esa fecha), ya el señor alcalde mayor de Bogotá había defendido ante el Senado de la República su decisión de que un operador público prestaría el servicio de aseo, lo cual ocurrió el 14 de noviembre del mismo año. [250]

Ahora bien, contrario a lo sostenido por el señor defensor, la decisión de que la empresa Aguas de Bogotá asumiera la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá sí se hizo a la ligera, pues el contrato interadministrativo se suscribió el 4 de diciembre de 2012, es decir, a escasos 14 días de que se

[250] Confróntese con el archivo «Acta 19-12 Noviembre 14 de 2012», de la carpeta «Acta de Basuras», obrante en el CD que reposa en el folio 294 del cuaderno original n.° 2 de la actuación. Este CD fue allegado mediante la comunicación del 22 de abril de 2012, suscrito por el subsecretario del Senado de la República, visible en el folio 292 del cuaderno original n.° 2 de la actuación.

iniciara el nuevo modelo de prestación de servicio adoptado por el señor alcalde de Bogotá. Y esa ligereza no solo está demostrada en la simple fecha de este contrato, sino en la situación tan apresurada en la que también entró esta empresa para contratar por la vía del alquiler la importación de unos vehículos compactadores usados desde los Estados Unidos de América. Esta circunstancia, que además dejó enormes irregularidades administrativas en la empresa Aguas de Bogotá, tiene un contraste manifiesto con lo que reseñó el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, quien le contestó al señor defensor que el mercado nacional era fácil alquilar vehículos compactadores, por una suma mensual de veinte millones de pesos ($20'000.000) aproximadamente.[251] Además, el apresuramiento de las entidades del Distrito fue evidente, pues a los diez días de firmarse el contrato con Aguas de Bogotá el señor alcalde mayor de Bogotá decretó una alerta amarilla con miras a que se pudieran utilizar vehículos volquetas, hecho que no fue otro que la absoluta certeza de que no se contaría con los vehículos compactadores, corroborado con una urgencia manifiesta antes y no después de que iniciara el nuevo esquema de prestación del servicio de aseo.

De la misma manera, es cierto que el hecho de capitalizar a Aguas de Bogotá no comportaba por sí solo una irregularidad conforme al marco legal, pero sí que la EAAB hubiese asignado toda la responsabilidad de la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a una empresa con los graves problemas financieros que tenía, como lo demuestran los informes de la Contraloría y como lo reconoció el mismo disciplinado en su versión. Con todo, el análisis de capitalizar a Aguas de Bogotá, según como lo destaca el señor defensor, ocurrió después de que el señor alcalde mayor había determinado que la prestación del servicio de aseo debía estar en manos de un operador público.

Por su parte, el señor defensor refirió que los testigos ORLANDO RODRÍGUEZ y MARÍA MERCEDES MALDONADO destacaron un informe de Aguas de Bogotá en el cual podría advertirse que esta empresa estaba preparada para prestar el servicio de aseo. Sin embargo, frente a esta opinión, recuérdese que DARÍO ARTURO BELTRÁN le respondió a la defensa que él conoció detalles de cómo iba la implementación del nuevo modelo de prestación del servicio en una reunión de la Junta Directiva de la empresa de Aguas de Bogotá al cuál fue invitado como asesor del Acueducto. Sostuvo que esta reunión se llevó a cabo tres o cuatro días antes del inicio de la prestación del servicio el 18 de diciembre de 201, respecto de lo cual afirmó lo siguiente:

[251] Confróntese con el minuto 1.19 de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la presente actuación.

> **El informe, a mi juicio, era muy optimista. En realidad, era distinto a lo que sucedía, porque me parece a mí que la gente de Aguas de Bogotá pretendía tener todo resuelto, pero, pues, esto es una cosa muy compleja, por lo que es dispendiosa,** y en la práctica, digamos, no se tenía tan resuelto: **no estaba toda la gente; no estaban todas las herramientas, en su momento; eso es un poco lo que ayuda a generar la situación el 18,** a mi juicio (…) A mí me parece que en el informe a la Junta de pronto Aguas de Bogotá le había dado información que era más optimista que realista, creo yo, **y el día 18 efectivamente ni estaba toda la gente, ni estaba todo el equipo; era distinto el informe a la realidad. Yo inclusive en la Junta dejé sentado mi apreciación sobre todo lo que faltaba.**[252]

En tal sentido y frente a la pregunta obvia de que le habían dicho, el testigo afirmó que «en la Junta de Aguas de Bogotá le dijeron que era pesimista», sin mencionar algún nombre en específico.[253] De esa manera, ese mensaje de «pesimismo» que en su momento le entregaron al señor DARÍO ARTURO BELTRÁN es el que concuerda con la opinión de los declarantes ORLANDO RODRÍGUEZ y MARÍA MERCEDES MALDONADO, personas que en la medida en que pertenecieron a la administración distrital, siendo demasiado cercanos al señor alcalde mayor de Bogotá, al día de hoy persisten en que Aguas de Bogotá sí tenía la experiencia y capacidad para prestar el servicio de aseo, tesis que para la Sala, conforme a las pruebas y los hechos sucedidos en el mes de diciembre de 2012, se encuentra absolutamente desvirtuada.

De manera similar ocurre con la opinión del testigo ATEHORTÚA RIOS, quien le restó importancia a que la empresa Aguas de Bogotá no tuviera la misma solidez financiera que la EAAB, porque aquella empresa no era quien iba a hacer las inversiones más fuertes y que, en todo caso, frente a la UAESP, la responsable del servicio era la EAAB. De esa manera, la Sala discrepa de dicha afirmación, pues ni la EAAB, entidad más sólida, ni Aguas de Bogotá, la cual no lo era, tuvieron los equipos mínimos requeridos para la prestación del servicio y ninguna de estas entidades tenían la más mínima experiencia en dicho servicio. Esto es incontrastable en la medida en que la superación de la crisis del mes de diciembre de 2012 se logró gracias a que el Distrito volvió a contratar nuevamente con los operadores privados. A esto súmese que la EAAB, entidad contratante, fue la que llevó a cabo las inversiones más considerables para obtener los equipos para poder prestar el servicio de aseo, pero una vez los recibió en el año 2013 se lo entregó por la vía del comodato a quien en teoría debería cumplir por sus propios medios y recursos las obligaciones del contrato interadministrativo, tal y como ocurrió con la empresa Aguas de Bogotá. Al

[252] Confróntese con los minutos 30 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[253] Ibídem.

respecto, repárese en el hecho que si la flota de compactadores lastimosamente llegara a perderse, como lo evidencian los informes de interventoría precedentemente analizados,[254] la que jurídicamente tendría que entrar a responder es la empresa Aguas de Bogotá, la que precisamente no es tan sólida financieramente pero sí la obligada en virtud del referido contrato de comodato.

En consecuencia, es cierto que la EAAB podía celebrar subcontratos, los que seguramente tendrá que efectuar para cumplir algunas actividades relacionadas con el servicio de acueducto y alcantarillado, aspecto en el cual indubitablemente cuenta con la experiencia suficiente. Pero otro asunto es haber subcontratado a la empresa Aguas de Bogotá en virtud de lo cual le pasó toda la responsabilidad en la prestación del servicio de aseo a una empresa que tampoco contaba con la experiencia y capacidad requerida, tal y como lo demuestran las pruebas documentales que obran en el proceso y algunos testimonios directos que presenciaron lo sucedido, más no las meras opiniones de algunos abogados y de funcionarios que precisamente estaban vinculados laboral y contractualmente a la administración distrital, muchos de ellos ocupando cargos cuyo jefe inmediato era el mismo señor alcalde mayor de Bogotá.

Ahora bien, frente a la consideración de que la EAAB no sometía su contratación al Estatuto General de Contratación y, por tanto, sus estudios previos no estaban sujetos a las reglas y condiciones de sus normas, recuérdese que esta entidad pública estaba obligada a cumplir con los mandatos estatutarios y legales que le fueran aplicables, incluyendo su Manual de Contratación, adoptado mediante la Resolución n.° 730 del 16 de noviembre de 2012.[255]

En tal forma, en dicho Manual de Contratación se adoptaron como principios tanto los de la función pública, que están señalados en la Constitución Política de Colombia[256], como aquellos de la contratación administrativa, adoptados mediante las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[257]. Así, en cuanto a los principios contractuales establecidos en la ley, el último considerando de dicho manual dispuso lo siguiente:

> **Que con el fin de garantizar la transparencia, economía,** moralidad, publicidad, igualdad, celeridad, eficacia, eficiencia **y la selección objetiva en los procesos contractuales que adelanta la EMPRESA,** es necesario

[254] Informes obrantes en el anexo n.° 5 de la actuación.
[255] Manual de Contratación que obra en los folios 217 a 248 del anexo n.° 21 de la actuación.
[256] Ver el primer considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 217 del anexo n.° 21 de la actuación.
[257] Ver el último considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.

> adoptar un nuevo manual de contratación para la EMPRESA, **acorde con los desarrollos legales y jurisprudenciales pertinentes** y en consideración a las necesidades dinámicas de la contratación de la EMPRESA.[258]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Igualmente, ese mismo Manual de Contratación fue el que dispuso que en desarrollo de la contratación que llevara a cabo la EAAB como mínimo se debía respetar, conforme «a los desarrollos legales y jurisprudenciales», los principios de transparencia, economía y selección objetiva. Al respecto, obsérvese lo que establece el Manual de Contratación de manera muy específica en lo que tiene que ver con el principio de selección objetiva[259]:

> ARTÍCULO 21. TÉRMINOS DE REFERENCIA. **Los términos de referencia** para las invitaciones públicas **o para la contratación directa deberán ser completos y precisos, con el fin de garantizar la selección objetiva del contratista.** (…)
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en la contratación que llevaron a cabo la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá se presentaron deficiencias notables en los estudios previos, entre ellas la utilización de documentos totalmente impertinentes como aquellos relacionados con la verificación de motivos para el otorgamiento de Áreas de Servicio Exclusivo. Se presentaron enormes falencias tanto en los estudios elaborados por la EAAB así como los documentos que sirvieron de soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá. El interminable listado de contratos que tuvo que celebrar Aguas de Bogotá para tratar de contar con los equipos mínimos requeridos y la falta de experiencia y la condición financiera de esta última empresa fueron razones de más para considerar que con la suscripción de dicho contrato se desconocieron las normas contractuales vigentes, en especial, el principio de selección objetiva, con lo cual se puso en riesgo la continuidad de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, no solo por la crisis ocurrida en el mes de diciembre de 2012 sino por la defectuosa prestación del servicio en aquellas zonas donde el operador público utilizó volquetas hasta mediados del año 2013.

---

[258] Confróntese con el último considerando del Manual de Contratación. Ver folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.
[259] Artículo 21 del Manual de Contratación. Ver folio 231 del anexo n.° 21 de la actuación.

Por lo tanto, la celebración del contrato interadministrativo n.° 809 de 2012 no se hizo cumpliendo las normas contenidas en el Manual de Contratación de la EAAB que le eran aplicables, pues mediante este acuerdo de voluntades se determinó que quien asumiría la prestación del servicio de aseo era una empresa pública como Aguas de Bogotá, conforme a la instrucción que desde los meses de julio y agosto de 2012 había dado el señor alcalde mayor.

Finalmente, no es cierto lo que afirmó la testigo MARÍA MERCEDES MALDONADO, en cuanto a que el señor alcalde mayor no participó ni intervino en los trámites relacionados con el arrendamiento de vehículos por parte de la empresa Aguas de Bogotá, pues recuérdese el tipo de informes que DIEGO BRAVO, gerente de la EAAB, le rendía al señor alcalde mayor de Bogotá:

> De acuerdo con **sus instrucciones** a primera hora de la mañana del día 24 de Diciembre me desplacé a la ciudad de Cartagena **para tomar conocimiento del estado en el que se encontraban los carros compactadores de basura** de el (sic) primer desembarco **que provino de la ciudad de Miami,** y para identificar el estado en el que se encontraba el proceso de nacionalización de los mismos.
>
> **Durante todo el día mantuve comunicación con usted para informarlo de cada uno de los pormenores del asunto** que se puede resumir en que el aspecto físico de la mayor parte de los vehículos presenta un notable estado de corrosión y que se estaban haciendo las diligencias para que se hiciera la limpieza, desinfección y fumigación de los carros, de acuerdo con las exigencias que para el efecto hicieron tanto autoridades nacionales como autoridades locales.
>
> (…)
>
> **Como es de su conocimiento** una vez realizado ese procedimiento se debía seguir con los trámites para la correspondiente formalización del ingreso de los carros al país.[260]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, no solo está demostrado que el señor alcalde le decía desde los meses de julio y agosto de 2012 al gerente de la EAAB que este aspecto tenía que resolverse con urgencia, como lo constató el testigo CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, sino que además está probado que el mismo gerente de la EAAB le rendía informes pormenorizados al mandatario distrital sobre el específico trámite de la importación de vehículos por parte de contratistas de la empresa Aguas de Bogotá, algo apenas coherente con la decisión que había

[260] Confróntese con el mencionado oficio, visible en el folio 7 del anexo n.° 25 de la actuación.

adoptado el disciplinado y que defendió durante el segundo semestre del año 2012.

7.1.5 La prestación del servicio durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

7.1.5.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor afirmó que las dificultades presentadas en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no fueron la consecuencia de la violación a un deber legal o constitucional por parte del señor alcalde mayor de Bogotá. Incluso, refirió que era normal que en transiciones en la prestación de un servicio se presentaran problemas, tal como lo había recordado el doctor ACERO en su declaración. Sin embargo, aseveró que la prestación del servicio en esos días se vio precedida de varias circunstancias, ajenas a la voluntad de la administración distrital, que agravaron las condiciones y las dificultades naturales de esa transición.

Para argumentar la anterior explicación, efectuó, por una parte, una serie de consideraciones acerca de la no reversión de los equipos del Distrito, para concluir que los operadores privados ATESA, LIME, ASEO CAPITAL y CIUDAD LIMPIA no habían devuelto dichos equipos, los cuales habían sido amortizados con la tarifa que pagaron los habitantes de la ciudad de Bogotá. Para ello, también destacó algunas declaraciones recaudadas en el proceso que estaban de acuerdo con la posición de que los equipos debían ser de propiedad del Distrito en virtud de la cláusula de reversión que es uno de los elementos esenciales del contrato de concesión.

En tal forma, sostuvo que la administración, de conformidad con la ley y con los contratos, contaba con la reversión de esos equipos y que creyó, de buena fe, que los operadores privados acatarían la norma y la jurisprudencia. Al respecto, agregó que si bien estos equipos eran viejos, ellos serían útiles para asumir la prestación del servicio inicial y que con esa creencia legal se desarrollaron los programas de Basuras Cero y las órdenes de la Corte. Por ello, y luego de efectuar algunas consideraciones similares, dio a entender que la acción por parte de los operadores privados fue «dañina, perversa y contraria al ordenamiento jurídico».

Sobre el mismo aspecto agregó que todo cambio en la prestación de un servicio requería de un periodo de transición de algunos días o meses, en el cual se hacía el ajuste de la nueva operación y en ese comienzo era normal que se presentaran tropiezos. Destacó que el testigo PINO RICCI incluso había señalado que para este tipo de servicios un periodo normal de transición era de

seis meses. Así, afirmó que de haber contado con los equipos que debían ser revertidos, como lo declararon NELLY MOGOLLÓN, CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA y JORGE PINO RICCI, no se hubieran presentado los problemas vividos y sufridos por la administración titular originaria del servicio al principio de la operación y que si se hubieran presentado serían mucho menores. En todo caso, señaló que con el fin de renovar la flota se hicieron los ajustes presupuestales por la junta y se discutió y sustentó la necesidad de adquirir la flota, trámite a cargo de la gerencia de la EAAB, la cual se adelantó con estricto cumplimiento de la normatividad, pero que precisamente por ello los términos para recibir los vehículos irían más allá del 18 de diciembre.

Por lo tanto, sostuvo que la EAAB y Aguas de Bogotá tomaron todas medidas para contar con equipos suficientes y adecuados para la prestación del servicio, por lo cual se recurrió a contratos de arrendamiento de vehículos, incluida la importación algunos de ellos. Sin embargo, que los problemas generados en el alquiler e importación de vehículos, inesperados y no previstos, dificultaron, sin su culpa, la prestación del servicio. Sobre este particular dijo que, en algunos casos, varios vehículos «fueron materia de especiales y exhaustivas verificaciones por operadores privados de los puertos, algunos de ellos estrechamente vinculados con los operadores que debían entregar las concesiones operando».

Por otra parte y como segunda causa que explicaba «las dificultades presentadas en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012», el señor defensor señaló que «los operadores privados no prestaron debidamente el servicio de recolección tiempo antes del 18 de diciembre», según se desprendía de varias pruebas obrantes en el proceso, entre ellas, una comunicación de la Defensoría del Pueblo, en donde desde el 26 de noviembre de 2012 se ponía de presente un aumento de quejas registrado en los últimos meses sobre la acumulación de residuos sólidos en algunas zonas de Bogotá. Para ello, también refirió que así lo habían declarado los testigos NELLY MOGOLLÓN y CARLOS ALBERTO ACERO, este último quien se lamentó de que esto era difícil de comprobar. Sin embargo, recalcó que la doctora NELLY MOGOLLÓN había allegado un documento que contenía un detallado cuadro comparativo sobre la disminución del ingreso de residuos al relleno en el periodo previo al 18 de diciembre de 2012, no limitado a fechas, como lo aseveró el doctor SARMIENTO, sino también por días. Que con esto se mostraba la insólita, extraña y coincidente disminución con la preparación oficial del proceso de transición ante la lamentable renuencia a la reversión y a la devolución de los bienes públicos que hacían parte de las concesiones.

Para reforzar la idea anterior, trajo a colación algunas cifras de dicha disminución de recolección de residuos elaborada por la UAESP, entidad que efectuó el monitoreo del relleno sanitario Doña Juana en el mes de diciembre

de 2012, en donde se hizo el comparativo con los años anteriores, y específicamente en donde se cotejaron los periodos del 13 al 17 de diciembre, tanto del año 2011 como el del año 2012. Por ello y como lo había manifestado el doctor ACERO, una cosa era iniciar la operación recogiendo la basura que le corresponde a partir del momento en que asume la obligación y otro era el escenario cuando se «debía atender el perverso y malintencionado rezago del operador privado».

7.1.5.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, la Sala no está de acuerdo con el señor abogado defensor en que lo ocurrido en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 haya sido simplemente unas «dificultades». Por el contrario, fue una crisis en la prestación del servicio de aseo en donde se dejaron de recoger entre seis mil y nueve mil toneladas de basuras en la ciudad capital, además de que en los días y meses subsiguientes el operador público continuó con la utilización de vehículos volquetas, situación contraria y desconocedora de las normas reglamentarias en la materia. Todo esto sin contar las irregularidades administrativas, la inversión de considerables recursos sin ninguna necesidad y el riesgo de que al día de hoy parte de ellos se puedan perder.

En segundo lugar, es cierto que el testigo ACERO afirmó que era normal que en las «transiciones en la prestación de un servicio se presentaran problemas», pero también lo es que, de manera específica y frente a los hechos sucedidos, este testigo refirió que de haberse contado con los compactadores no se hubiere presentado la «crisis», agregando que para adquirirse la flota se requería mucho tiempo.[261]

Ahora bien, para complementar la magnitud de lo ocurrido los días 18, 19 y 20 diciembre de 2012, el otro experto DARÍO ARTURO BELTRÁN ratificó que lo ocurrido en la ciudad de Bogotá fue un «desastre» en la prestación del servicio de aseo,[262] calificación que el testigo había dado en otra diligencia de declaración.[263] De ese modo, más adelante y frente a los hechos ocurridos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, manifestó que ello «no fue un

[261] Confróntese con los minutos 37 y siguientes de la declaración de CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[262] Confróntese con los minutos 35 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[263] Ver la declaración del señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, rendida en la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, de fecha 22 de agosto de 2013, visible en los folios 140 a 142 del anexo n.° 37 de la actuación. De esta declaración se ratificó en el testimonio rendido en este proceso, conforme al minuto 37 del DVD en el que reposa su declaración. (Anexo n.° 42 de la actuación).

traumatismo normal». Por el contrario, que un traumatismo normal era que «se queden sin atender algunas rutas o que se dejen de recoger algunas cantidades inferiores como quinientas (500) toneladas de basuras, por ejemplo, o un diez por ciento, pero no seis mil (6000) toneladas, como pasó en la ciudad de Bogotá».[264] Por ello, esta explicación también desestima los supuestos «tropiezos normales» que se presentaron, en palabras del abogado PINO RICCI.

En tercer lugar, para la Sala ha quedado demostrado que el tema de la reversión de los compactadores que tenían en su poder los operadores privados no es un aspecto que pueda justificar la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá. En efecto, esta es una situación que ni siquiera a la fecha de la presente decisión se ha resuelto. En el proceso, obran algunas declaraciones que defienden la posición de que los vehículos eran del Distrito, así como hay otras que se inclinan por señalar que los operadores privados no tenían que devolver dichos equipos. En uno u otro caso, esta era una condición que ineludiblemente tenía que quedar resuelta antes del inicio del nuevo modelo implementado por el señor alcalde mayor de Bogotá. Por ello, no hay nada de novedoso al decir que no se hubieran presentado los problemas vividos, sí se hubiera dado la reversión de los vehículos compactadores, como lo manifestaron NELLY MOGOLLÓN, CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA y JORGE PINO RICCI, pues precisamente la no tenencia de esos vehículos fue una de las razones, más no la única, por las cuales se concluyó que las empresas del Distrito no fueron capaces de asumir la prestación del servicio de aseo. Incluso, es cierto lo que el señor defensor dijo acerca de que en virtud de los diferentes trámites los vehículos compactadores se recibirían después del 18 de diciembre de 2012, pero esta afirmación en nada explica o justifica la decisión del señor alcalde mayor, pues dicha situación era evidente dado que las empresas del Distrito jamás habían prestado el servicio de aseo. Por ello fue que el gerente de la EAAB DIEGO BRAVO le dijo al señor alcalde desde los meses de julio y agosto de 2012 que la entidad distrital no estaba lista para asumir la prestación del servicio. Y tan cierta es esta afirmación que al mes de julio de 2013 el operador público continuó prestando el servicio en vehículos volquetas.

Además de lo anterior, no puede pasarse por alto que cuando el disciplinado tomó la decisión de que el operador público asumiera la prestación del servicio de aseo las entidades involucradas adelantaron los trámites para adquirir una flota nueva y para contar con vehículos alquilados así fueran usados, medidas que por obvias razones no fueron suficientes y ante lo cual la administración distrital decidió nuevamente contratar a los operadores privados. Sobre tal aspecto, la Sala considera que es inexplicable que ahora los sujetos procesales

[264] Confróntese con los minutos 43 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

manifiesten que «la acción por parte de los operadores privados fue dañina, perversa y contraria al ordenamiento jurídico», cuando, precisamente, la administración distrital contrató de nuevo a esos supuestos «perversos y dañinos» operadores privados.

Es más, la doctora MARÍA SUSANA MUHAMAD explicó que ella y otro grupo de funcionarios conformaron una comisión facilitadora para sentarse a dialogar con los operadores privados, para llegar a un acuerdo sobre la participación de estos en la prestación del servicio de aseo. Esta funcionaria relató que se hicieron conversaciones con los operadores privados días antes de iniciarse el nuevo modelo.[265] Entonces, no se entiende cómo días antes del inicio del nuevo modelo algunos funcionarios del Distrito sostuvieron unas conversaciones con los operadores privados, cuyo resultado fue nuevamente contratarlos, para que después se dé a entender que esos contratistas fueron «dañinos y perversos»; incluso, es inexplicable que el disciplinado los haya tildado de «criminales», pues la conclusión tendría que ser que la administración, sabiendo dicha situación, contrató a «delincuentes», previas conversaciones de «facilitación», para que prestaran el servicio de aseo, exculpación totalmente incoherente e inaceptable.

En cuarto lugar, lo que el señor defensor denomina como «todas las medidas para contar con equipos suficientes y adecuados para la prestación del servicio» no fue otra cosa que el caos administrativo en que incurrieron las entidades del Distrito efectuando los respectivos trámites de alquiler de unos vehículos usados que se encontraban en los Estados Unidos de América, al punto que se presentaron irregularidades en la respectiva importación y los cuales, en todo caso, empezaron a llegar para los meses de enero y febrero de 2013, con una serie de problemas técnicos dado su pésimo estado de funcionamiento, situación que de manera equivocada la pretendió justificar el señor defensor, al decir que dichos vehículos fueron objeto de «especiales y exhaustivas verificaciones» en los puertos en donde arribaron.

En quinto lugar, tampoco puede ser de recibo los supuestos incumplimientos por parte de los operadores privados días antes del comienzo del nuevo esquema implementado por el señor alcalde mayor de Bogotá. Varias razones respaldan dicha conclusión. En efecto, las supuestas basuras dejadas de recoger durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 jamás se podrán equiparar al número de toneladas de residuos que quedaron por las calles de la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Así mismo, es un hecho incuestionable que antes del 18 de diciembre de 2012 los operadores privados venían prestando el servicio de aseo, los cuales tenían los

[265] Confróntese con los minutos 45 y siguientes de la declaración de MARÍA SUSANA MUHAMAD, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación. Igualmente, en los minutos 54 y siguientes.

vehículos, personal y la experiencia requerida para hacerlo, por lo que nuevamente fueron contratados para que la ciudad de Bogotá saliera de la crisis mientras la responsabilidad estuvo en manos del operador público. Igualmente, estando demostrado que las entidades del Distrito no tenían los vehículos compactadores y que ellas eran las responsables de la prestación del servicio durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, la explicación lógica es que el operador público no pudo recoger el número de residuos que habitualmente llegaban al sitio de disposición final, tal y como lo demuestran las cifras de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Del mismo modo, para los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, no se tiene evidencia de una crisis como la vivida en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, la cual fue registrada por los diferentes medios de prensa y algunas autoridades, registros fílmicos y fotográficos que obran en el anexo n.° 7 de la actuación, así como los que fueron adjuntados en la queja interpuesta por el señor defensor del Pueblo. Es cierto que en el expediente obra una comunicación del 26 de noviembre de 2012 suscrita por este alto funcionario, en donde se ponía de presente un aumento de quejas de usuarios registrado en los últimos meses sobre la acumulación de residuos sólidos en algunas zonas de Bogotá, pero también lo es que la queja formal que obra en el expediente fue contra el señor alcalde mayor de Bogotá y específicamente por los hechos sucedidos en el mes de diciembre de 2012, ya que las situaciones son completamente diferentes.

Por ello, debe insistirse en que la versión ofrecida por los declarantes OSCAR SEBASTIÁN ALESSO y TULIO EDUARDO SARMIENTO, representantes legales de las empresas ASEO CAPITAL S. A. E. S. P. y LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S. A. E. S. P., respectivamente, es ajustada y creíble en cuanto a la explicación del porqué las cifras de los periodos comprendidos entre el 13 y 17 de diciembre del año 2011 y entre el 13 y 17 de diciembre del año 2012 no son iguales.

Para ello, no sobra repetir el contenido en un documento suscrito por ellos, ratificado y explicado en cada una de sus declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento:[266]

Año 2011 **(Periodo comprendido entre el 13 y 17 de diciembre)**	**Año 2012** **(Periodo comprendido entre el 13 y 17 de diciembre)**
El periodo comienza un día martes y termina un día sábado, es decir que comprende cinco (5) días hábiles de operación normal (no se presentaron días	El periodo comienza un jueves y termina un lunes, es decir que comprende cuatro (4) días normales de operación, y un domingo, día de menor operación (Solo se atienden

[266] Confróntese con los folios 1467 a 1478 del cuaderno original n.° 6 de la actuación y con los DVD de grabación de cada una de estas declaraciones, obrante en el anexo n.° 42.

domingos ni festivos.	zonas comerciales y vías principales).
El día viernes 16 de diciembre no es comparable con el día domingo, porque la operación de los viernes se realiza de forma normal cubriendo las frecuencias establecidas, ya sea lun-mier-vier o sectores de atención especial.	El día domingo 16 de diciembre la operación del servicio se reduce significativamente, comparable con cualquier otro día de la semana, específicamente respecto de estas fechas se genera una diferencia de 3381 ton. (Fuente R. S. Doña Juana).
El día martes 13 de diciembre no es comparable con el día jueves, pues según registros históricos de la prestación del servicio, el martes presenta mayor producción de residuos por acumulación de tres días (Domingo-Lunes-Martes).	El día jueves (13 de diciembre) solo presenta acumulación de dos días (Miércoles – Jueves), lo que genera una diferencia aproximada de 1.714 ton. Menos que en la misma fecha del año anterior. (Fuente R. S. Doña Juana).
El día sábado 17 de diciembre no es comparable con el día lunes del año siguiente, debido a que los turnos de prestación del servicio se realizaron completos (24 horas) hasta su culminación. Para el caso del 17 de diciembre, hasta horas de la madrugada del día 18 de diciembre, en que aún se realizó disposición final de residuos.	El día lunes 17 de diciembre no es comparable con el sábado del año anterior, teniendo en cuenta que por orden expresa de la UAESP, contenida en correo electrónico remitido por la funcionaria Diana Perdomo el 17 de diciembre de 2012 en horas de la tarde, se informó la necesidad de ajustar los turnos, por cierre del relleno sanitario a las 24:00 horas, por lo que parte importante de las rutas previstas para dicho turno no pudieron culminarse, razón por la cual, la cantidad de residuos dispuesta en esa fecha presenta disminución en cantidad de toneladas. Esta comparación generó una diferencia de 1.164 ton.
Cuatro (4) empresas (CIUDAD LIMPIA, ATESA, ASEO CAPITAL y LIME) prestaron el servicio con normalidad y sin interrupciones, de manera continua las 24 horas del día sábado 17 de diciembre.	Solo dos (2) empresas (CIUDAD LIMPIA y ATESA) tuvieron autorización de acceso al relleno sanitario de manera continua, LIME y ASEO CAPITAL tuvieron restricción de acceso desde las 00:00 horas del 18 de diciembre hasta la madrugada del 20 de diciembre, lo que generó alteración significativa de un servicio que se venía prestando durante 24 horas.

Por lo expuesto, no es creíble la tesis de que la crisis que se presentó durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 obedeció a un número inusual de basuras dejadas de recoger por los operadores privados los días anteriores, pues si bien pudieron presentarse reducciones, estas no fueron considerables, se debieron a otros factores y, en todo caso, la falta de capacidad del operador público fue evidente, demostrada hasta por las mismas pruebas aportadas por el disciplinado, y todo ello aunado a que el señor alcalde mayor de Bogotá permitió la prestación del servicio en vehículos volqueta. El mismo ingeniero JULIO CÉSAR PULIDO, funcionario de la Secretaría Distrital de Ambiente, determinó en el documento de monitoreo que gran parte de la causa de los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 obedeció a las

fallas logísticas del nuevo operador público, aludiendo a la falta de vehículos compactadores.

7.1.6 La declaratoria de urgencia manifiesta n.° 768 de 17 de diciembre de 2012.

7.1.6.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor reiteró que la declaratoria de urgencia manifiesta decretada por la UAESP el 17 de diciembre de 2012 fue en el ejercicio de sus funciones y en su autonomía como entidad descentralizada de la administración territorial, como parte de las medidas que debió adoptar la administración distrital para disponer de todas las herramientas posibles y necesarias para garantizar la prestación del servicio de aseo, conducta o actuación administrativa que no era irregular. Por el contrario, que correspondía al deber de garantizar los elementos esenciales de la noción constitucional de orden público político y social como son la salubridad y la seguridad ante la renuencia de los concesionarios a reintegrar los equipos y a entregar en pleno funcionamiento las concesiones vencidas e improrrogables.

7.1.6.2 Consideraciones de la Sala.

Al igual como se hizo al contestar algunos de los argumentos esbozados en los descargos, la Sala debe insistir en que el reproche formulado no ha sido considerar que la declaración de Urgencia Manifiesta decretada por la UAESP el 17 de diciembre de 2012 fue irregular. Por el contrario, se ha explicado que gracias a ella las entidades del Distrito pudieron volver a contratar a los operadores privados, lo que sirvió para normalizar la prestación del servicio de aseo y sacar a la ciudad de Bogotá de la grave crisis que enfrentó los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en virtud de las decisiones tomadas por el señor alcalde mayor de Bogotá.

Ahora bien, ello no significa que ese mismo hecho no pueda demostrar la absoluta improvisación y desorden administrativo que originó las decisiones del disciplinado, pues esta urgencia manifiesta se decretó un día antes de iniciar la prestación del servicio público de aseo bajo el nuevo modelo adoptado por el mandatario distrital. Además, ella se decretó cuando se suponía, en virtud de los contratos interadministrativos celebrados entre la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, que el operador público asumiría la prestación del servicio en toda la ciudad; así mismo, se firmó dicha resolución cuando el Distrito había invertido cuantiosos recursos para adquirir compactadores nuevos, otros usados y un sinnúmero de volquetas —estas últimas sin cumplir las condiciones técnicas reglamentarias—, todo lo cual representó innumerables

costos que se habían podido evitar si el disciplinado no hubiera adoptado las decisiones objeto de cuestionamiento.

En tal forma, los estudios elaborados, la correcta planificación y la supuesta capacidad técnica y experiencia de las entidades del Distrito que tanto han defendido los sujetos procesales y algunos testigos quedan en entredicho por la misma declaratoria de Urgencia manifiesta una día antes del inicio del nuevo modelo de prestación del servicio de aseo adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá. En otras palabras, no se había comenzado a prestar el servicio cuando la administración distrital detectó por fin que realmente las entidades públicas no tenían la capacidad suficiente para asumir la responsabilidad del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, algo que con mucho tiempo de antelación habían visto varias entidades y por lo cual se elevaron las varias advertencias y recomendaciones al señor alcalde mayor de Bogotá, situación que está demostrada de forma contundente en el expediente.

Al respecto, la Sala todavía no comprende cuál fue la razón del contrato 17 de 2012, suscrito entre la UAESP y la EAAB, y el contrato 0809 de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, si antes de comenzar a funcionar el nuevo modelo se sabía que estas entidades no tenían la experiencia y capacidad, por lo que fue necesario contratar nuevamente a los operadores privados, precisamente en virtud de urgencia manifiesta decretada un día antes del inicio del nuevo modelo. Sin duda, dichas contrataciones fueron muestra de la falta de coherencia entre la realidad que detectaron varias entidades del Estado y la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá, quien, sin atender la más mínima recomendación y advertencia, asignó la prestación del servicio de aseo a entidades que jamás habían asumido una responsabilidad como esa y quienes carecían de los medios técnicos requeridos para cumplir dicho cometido.

Por lo anterior, es muy diciente que desde los meses de julio y agosto de 2012 el mismo doctor DIEGO BRAVO le haya manifestado al señor alcalde mayor de Bogotá que la EAAB no estaba lista para asumir la responsabilidad del manejo y prestación del servicio de aseo, tal y como lo explicó el testigo CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO.

7.1.7 La calidad de determinador y dolo.

7.1.7.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor manifestó que la Procuraduría había concluido, sin ningún soporte argumentativo o probatorio, que el señor acalde mayor actuó en calidad de determinador, afirmación que no era ni fundada ni razonable en el presente

caso. Para ello, recordó el alcance de la figura de determinador, trayendo a colación la siguiente cita jurisprudencial del derecho penal:[267]

> EI determinador, como forma especial de la participación, es aquella persona que, por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible. Quiere decir lo anterior que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir, y como conducta contrae elemento a identificar. En efecto:
>
> **Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento están dados en que aquél se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la voluntad criminal,** resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, consejo o la coacción superable.
>
> (Negrilla utilizada por el señor defensor).

De ese modo, refirió que el determinador debía obrar con dolo, es decir, con el pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta y con la intención de incidir en el autor para que este cometiera la ilicitud. En tal sentido, agregó que en el presente proceso no había una sola prueba que demostrara que el señor alcalde mayor GUSTAVO PETRO URREGO hubiese actuado de una manera «tan ruin y despreciable como la que presumía la Procuraduría», es decir, que con pleno conocimiento, intención y alevosía haya ordenado, instruido, coaccionado o influenciado a un servidor público a actuar por fuera del marco legal, con el propósito de violar las leyes y los reglamentos que lo obligan. Así, dijo que no había ningún elemento que probara que el señor alcalde ordenó, instruyó, incidió de alguna manera en la UAESP, en la EAAB o en Aguas Bogotá, con el fin de que dichas entidades celebraran convenios interadministrativos por fuera del ordenamiento legal con toda la intención y el pleno conocimiento de la irregularidad e ilicitud de tal conducta, y con la voluntad precisa de causar daño a los concesionarios y a los ciudadanos.

Así las cosas y luego de reiterar que el señor alcalde solicitó realizar los respectivos estudios que soportaran la legalidad y la viabilidad técnica y jurídica de la prestación del servicio de aseo por parte de un operador público, así como la autonomía de las entidades descentralizadas, efectuó algunos reparos de orden probatorio de la siguiente manera:

---

[267] Sentencia del 2 de septiembre de 2009, de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS, citada por el señor abogado defensor. Página 103 del escrito de alegatos de conclusión.

> Por cuanto el 5 de septiembre la Procuradora Delegada para la Vigilancia preventiva de la función pública envió al señor Alcalde Mayor una nota en la que "*...le hacía saber directamente al señor alcalde su preocupación por la decisión de asumir el servicio público de aseo a través de la creación de una empresa"*
>
> De la lectura de la referida comunicación oficial del Ministerio Público queda en claro que la Procuraduría reveló, sin ambages y sin discusión, la adopción institucional de un modelo de interpretación sobre los asuntos de la prestación del servicio público domiciliario y esencial de aseo como contrario a la versión constitucionalista que admite la prestación oficial y pública, específicamente por el municipio de los servicios públicos domiciliarios como el de aseo que hace parte de la noción constitucional de Saneamiento Básico.

De esa manera y haciendo alusión a la comunicación de 5 de septiembre de 2012,[268] enviada al señor alcalde mayor de Bogotá, expresó que el ministerio público disciplinario adoptó esta visión parcializada como una opción institucional desde el principio del examen de la conducta del señor alcalde mayor. Además que esta comunicación no cuestionaba expresamente la legalidad de la prestación del servicio de aseo a través de un operador público; que lo que indicaba la señora procuradora delegada preventiva para la Función Pública era que en su criterio un operador público iría en contravía del Plan de Inclusión de la Población Recicladora y de las gestiones adelantadas por la UAESP para la verificación de los motivos para la inclusión de Áreas de Servicio Exclusivo y frente a la urgencia manifiesta que había sido declarada por la Resolución 65 de 2012, criterio que no compartía la administración. Por ello, no se entendía cómo de esa comunicación podía inferirse el dolo en la conducta del señor alcalde.

En cuanto a un oficio del 30 de noviembre de 2012, recibido por el señor alcalde mayor de Bogotá,[269] el señor defensor expresó lo siguiente:

> Ahora, la comunicación de la señora Delegada de noviembre 30 de 2012 no contiene un estudio acerca de las decisiones de la administración sobre las que se pronuncia y las que claramente no conocía a profundidad, como quiera que basa varios de sus análisis en el contenido de los medios de comunicación y en la interpretación particular de conversaciones sostenidas en mesas de trabajo, que no son decisiones administrativas y en las que no participó el señor Alcalde. Además, su

[268] Con radicación 1-2012-42295, visible en en los folios 235 y 236 del anexo 5 de la actuación.
[269] Confróntese con los folios 29 a 31 del anexo n.° 3 de la actuación.

> pronunciamiento es posterior a la celebración del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012 y su examen de los estudios previos sólo alcanza a algunas de sus partes. Adicionalmente, en este documento no se hace ninguna advertencia sobre la celebración de subcontratos por la EAAB con Aguas Bogotá S. A.

En consecuencia, el señor defensor señaló que no podía aducirse esta comunicación como sustento del supuesto DOLO del disciplinado en la participación de la etapa precontractual o contractual que es la conducta imputada, ni frente al convenio interadministrativo n:° 17 de 2012 ni el 809 de 2012.

También destacó que el señor alcalde mayor había remitido la anterior comunicación a los funcionarios competentes de la UAESP y de la EAAB, pues, al no tener ninguna atribución ni funciones asignadas respecto de la contratación a cargo de la UAESP y de la EAAB, correspondía a dichas entidades evaluar los argumentos de la señora procuradora delegada y adoptar, conforme a sus competencias, las decisiones que consideraran pertinentes. Por ello invitó a la Procuraduría a revisar el expediente disciplinario en el que obraba el oficio 2-2012-57701 de 3 de diciembre de 2012, mediante el cual el secretario general (E) del Distrito Capital remitió la comunicación aludida a la UAESP y a la EAAB para su evaluación, análisis y respuesta. Del mismo modo, agregó que mediante el oficio n.° 2-2012-57646, se envió a la EAAB la comunicación con radicado n.° 00310 del procurador general de la nación para el mismo propósito.

En todo caso, señaló que las anteriores comunicaciones remitidas por las autoridades públicas mencionadas en ningún momento contenían órdenes o instrucciones, sino simplemente argumentaciones jurídicas e ideológicas que fueron remitidas por el señor alcalde mayor a los funcionarios competentes para su evaluación, concluyéndose por estos que dichas razones «no eran acertadas», en buena medida, porque dichas autoridades no tenían un conocimiento claro de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, de los principios de la Economía Social de Mercado establecidos en la Constitución Política y del programa Basuras Cero propuesto por el señor alcalde mayor para la prestación del servicio de aseo.

De similar forma cuestionó la comunicación de la Contraloría Distrital del 23 de octubre de 2012,[270] dirigida al señor alcalde mayor de Bogotá, de la cual dijo que también era posterior a la firma del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012, y que no se refería a la vinculación de Aguas de Bogotá a la operación del servicio de aseo. Que esta comunicación no era tampoco expresión de los

[270] Con radicado n.° 2-2012- 19155, visible en los folios 120 y siguientes del anexo n.° 3 de la actuación.

llamados control de advertencia y que su única finalidad era informar al señor alcalde que se remitirá dicho pronunciamiento a la Procuraduría General de la Nación, pues daba por probado y aceptado la existencia de irregularidades, sin que mediara un debido proceso.

En ese orden de ideas, puntualizó que no se podía hablar de dolo cuando las comunicaciones enviadas por las autoridades mencionadas no eran vinculantes, ni obligatorias, además que contenían conceptos subjetivos que podían ser objeto de análisis, deliberación y discrepancias legítimas.

Así mismo y acudiendo a la separación de las funciones de control inspección y vigilancia disciplinaria de los agentes del ministerio público colombiano y las competencias legales, constitucionales y reglamentarias ante las distintas opciones que ofrecía la ley a los servidores públicos de las distintas administraciones públicas, repitió que dichas comunicaciones en principio no podía ser emitidas como si fuesen expresión de un mandato disciplinario ni una orden administrativa impartida por la Procuraduría o por la Contraloría al señor alcalde. Por ello, agregó que el dolo no podía inferirse o deducirse, sino que debía probarse. Que dichas comunicaciones no fueron elaboradas por el disciplinado, que ellas no contenían su opinión o sus decisiones, por lo que no eran pruebas útiles, conducentes o pertinentes para demostrar el dolo que se le imputaba al señor alcalde mayor, según lo previsto en los artículos 177 y 178 del C. P. C.

7.1.7.2 Consideraciones de la Sala.

El primer cuestionamiento del señor defensor, referido a la figura de la determinación, apuntó a que la Procuraduría no tenía ningún fundamento razonable para llegar a dicha conclusión. Para demostrar esta afirmación, efectuó la siguiente cita de la jurisprudencia penal:[271]

> EI determinador, como forma especial de la participación, es aquella persona que, por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible. Quiere decir lo anterior que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir, y como conducta contrae elemento a identificar. En efecto:
>
> **Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento están dados en que aquél se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera,**

[271] Sentencia del 2 de septiembre de 2009, de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS, citada por el señor abogado defensor. Página 103 del escrito de alegatos de conclusión.

> **suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la voluntad criminal,** resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, consejo o la coacción superable.
>
> (Negrilla utilizada por el señor defensor. Subrayado de la Sala).

Es obvio entonces que en el campo del derecho disciplinario, según lo establece el artículo 26 del Código Disciplinario Único y conforme a la misma cita traída a colación por el señor defensor, la figura del determinador debe entenderse como «aquel servidor público que, por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar una falta disciplinaria»; es decir «que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad infringir un deber funcional».

De esa esa manera, a esta altura procesal está acreditado que el señor alcalde mayor de Bogotá sí incidió en el director de la UAESP y los gerentes de la EAAB y Aguas de Bogotá, para que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo. Las pruebas que demuestran esta afirmación ya han sido referidas y explicadas con anterioridad, entre las cuales se encuentran las reuniones lideradas por el disciplinado en su despacho, la condición de presidente de la Junta Directiva de la EAAB, las diferentes intervenciones públicas y oficiales del mandatario en donde asumió como suya la decisión. Así mismo, quedó demostrado que el entonces gerente de la EAAB le rendía informes pormenorizados sobre la importación de vehículos compactadores alquilados, no solo para que fuera de su conocimiento, sino dejándose evidencia de que la atención del señor gerente obedecía a las precisas instrucciones dadas por el burgomaestre distrital. Precisamente, esta última situación es totalmente coherente con las instrucciones que presenció el testigo CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO:

> El alcalde siempre en las Juntas en las que yo estuve presente enfatizó en la necesidad de que la ciudad podía quedar inmersa en una emergencia sanitaria y que cuanto antes se tenían que tomar decisiones y **que lo que se veía más fácil era que lo hiciera la empresa de Acueducto. Sin embargo, el doctor BRAVO en una de esa juntas (la de julio o de agosto de 2012) (…) le dijo: "Doctor PETRO, el Acueducto no está listo para hacer esto"**. Entonces, hay que ver cómo lo organizamos. **Entonces fue cuando el alcalde le dijo: "póngase de acuerdo ahí con la UAESP para mirar cómo se hace; cuál es el modelo; eso fue lo que en su momento manifestó el señor alcalde"**.[272]

[272] Confróntese con el minuto 10 de la declaración del señor CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

> (…) Más adelante en otra Junta se volvió a debatir el tema **y el alcalde insistía en que qué pasaba con la situación; que qué se había resuelto y qué había sucedido porque eso era urgente.** Y se debatieron otros temas, sobre el tema de la flota. El tema de la flota que se refiere a los carros que se debían tener listos para que empezara la operación. **El alcalde le insistía al doctor BRAVO que era muy urgente que el Distrito tuviera la flota para que el Distrito pudiera prestar el servicio.** A eso, el doctor BRAVO lo que le manifestó al alcalde era que iba a hacer una licitación pública para poderlo hacer; que era la manera más clara y transparente en el uso de los recursos públicos para poderlo hacer. Y eso fue lo que se manifestó en esa Junta».[273]

Así las cosas, las anteriores pruebas son las que demuestran «el medio por cual se incide en otro», «hacer nacer en otro la voluntad» o «provocar, generar, suscitar, crear o infundar», porque en el presente caso las instrucciones iban del señor alcalde mayor de Bogotá a funcionarios que jerárquicamente estaban por debajo de él, ya que aquel era el nominador de estos y respecto de los cuales ejercía el control de tutela en las entidades que representaban. Ahora bien, la Sala ya ha explicado que sería difícil, por no decir imposible, que apareciera una prueba que demostrara que el señor alcalde mayor de Bogotá le haya dicho categórica y literalmente a determinado funcionario que «tenía que violar el ordenamiento jurídico». Sin embargo, debe reiterarse que en la estructuración de una irregularidad de índole disciplinaria, cuando esta consiste en una determinación hacia otro servidor público, no se necesita demostrar que en la directriz u orden se haya hecho una valoración sobre lo antijurídico de la conducta, pues si así fuera, sería imposible acreditar cualquier irregularidad, ya que el argumento de exculpación sería siempre que jamás «se determinó a infringir el ordenamiento jurídico». El aspecto determinante en el presente caso es que el señor alcalde mayor de Bogotá dio las precisas instrucciones para que la prestación del servicio de aseo la asumieran las entidades del Distrito, en donde ninguna de ellas contaba con la experiencia y capacidad mínima requerida, tal y como lo advirtieron diferentes entidades nacionales y distritales, cuya advertencia incluso se la hizo en el acto mismo el entonces gerente de la EAAB.

En segundo lugar, esas mismas advertencias de las diferentes autoridades nacionales y distritales y la del gerente de la EAAB son las que demuestran la conciencia de la ilicitud en el obrar del disciplinado como componente del dolo. La representación que tuvo el disciplinado sobre las consecuencias que traerían sus decisiones es indiscutible, pues hasta el mismo sentido común indicaba que ninguna de las empresas de Distrito había prestado el servicio de aseo. Otro asunto fue el que una vez se adoptó la decisión por parte del señor alcalde

[273] Ibídem. Minuto 11 de dicha declaración.

mayor las entidades distritales trataron de realizar los respectivos estudios y ajustes de algunos trámites jurídicos y administrativos para poder cumplir con dicha la instrucción, pero ello resultó insuficiente por cuanto para el día 18 de diciembre de 2012 al operador público le fue imposible cumplir con dicho cometido. Por eso tenía toda la razón el gerente DIEGO BRAVO cuando en los meses de julio y agosto de 2012 le manifestó al señor alcalde que la EAAB no estaba lista para poder cumplir con dicha responsabilidad.

En tercer y último lugar, y relacionado con algunas pruebas que demuestran la representación que tuvo el disciplinado, no es cierto que la Procuraduría, a través de la comunicación del 5 de septiembre de 2012,[274] haya revelado la adopción institucional de un modelo de interpretación sobre los asuntos de la prestación del servicio público de aseo «como contrario a la versión constitucionalista que admite la prestación oficial y pública». Al respecto, la Sala ha destacado que frente al primer cargo formulado la irregularidad no ha consistido simplemente en que una empresa pública prestara el servicio de aseo, sino que se asignara la prestación de dicho servicio a dos entidades públicas sin la más mínima experiencia y capacidad, situación que es completamente diferente. Ahora bien, es cierto que en dicha misiva la procuradora preventiva no cuestionó expresamente la legalidad de la prestación del servicio de aseo a través de un operador público, pero sí llamó la atención sobre los estudios sobre el análisis jurídico, técnico y financiero que «sustentaran» la decisión de la Alcaldía Mayor de crear un operador público de aseo para el Distrito, con la particularidad que se estaba a «cuatro meses del eventual inicio de operaciones».

Por otra parte y en cuanto al oficio del 30 de noviembre de 2012, recibido por el señor alcalde mayor de Bogotá,[275] es equivocado que se diga que dicho pronunciamiento no se hizo con conocimiento a profundidad, porque supuestamente «el análisis se basó en el contenido de los medios de comunicación», pues es claro que esa comunicación no solo se hizo conforme a las mesas del trabajo del 7 y 13 de noviembre de 2012, en las que participaron funcionarios de las entidades que advirtieron las consecuencias de que la prestación del servicio se hiciera por parte de un operador público, sino con el estudio, revisión y análisis del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012.

Ahora bien, es obvio que este pronunciamiento se hizo en forma posterior a la celebración del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012, pues precisamente el estudio se hizo sobre el contrato y no sobre lo contenido en los medios de comunicación. Y también es lógico que dicho pronunciamiento no hiciera ninguna advertencia sobre la celebración de subcontratos por la EAAB con

[274] Con radicación 1-2012-42295, visible en en los folios 235 y 236 del anexo 5 de la actuación.
[275] Confróntese con los folios 29 a 59 del anexo n.° 3 de la actuación.

Aguas Bogotá S. A., pues este pronunciamiento se hizo el 30 de noviembre de 2012 mientras que el contrato con Aguas de Bogotá tuvo lugar el 4 de diciembre del mismo año.

Pero, precisamente, la anterior circunstancia fue la que debió animar al disciplinado a revisar su decisión que ya había tomado con miras a que un operador público asumiera la prestación del servicio, pues claramente en dicha comunicación se dijo lo siguiente:

> **Revisados los estudios, pareciera ser, por tratarse de un hecho notorio, que el objeto de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.,** si bien se refiere a servicios públicos, también es cierto que, **desde su existencia, no ha cumplido con la *"[g]estión y operación de aseo en el área de la ciudad de Bogotá D.C.,*** *en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva"*.
>
> En esa medida, **se recomienda al Distrito analizar si, en efecto, existe una relación *directa* de la mencionada Empresa, en especial consideración a su experiencia, con el mencionado objeto contractual.**
>
> Sobre el particular, cabe recordar que el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, por comisión especial del Procurador General, mediante fallo del 24 de junio de 2011, dictado dentro del proceso IUS No. 2010-42580 –IUC No. D-2011-652-353662, **impuso sanción de destitución e inhabilidad a los investigados porque INFOTIC S.A., la entidad con la cual la Dirección Administrativa de la Cámara de Representantes celebró el contrato interadministrativo** 631 de 25 de noviembre de 2010, **no tenía capacidad real para ejecutar dicho contrato, pese a lo cual se suscribió,** según una de las imputaciones formuladas. Por lo tanto, **se sugiere al Distrito analizar en qué medida esta posición disciplinaría de la Procuraduría General de la Nación podría resultar aplicable al caso particular.**
>
> De igual manera, **se recomienda,** de forma respetuosa, **analizar si el hecho de tener que acudir a una subcontratación podría estar poniendo en evidencia una falta de capacidad para dar cumplimiento al objeto del contrato interadministrativo y fundamento jurídico que llevó a su suscripción.** Además, se recomienda analizar **si la utilización de la figura de la subcontratación podría constituirse en un esguince a la selección objetiva,** pues como el contratista se rige por normas de derecho privado, a través de una figura de tercerización, dejará de aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, a las que, por mandato de éstas, debe someterse la UAESP como entidad contratante.

(…)

Por ende, **se solicita examinar,** en el marco de las anteriores consideraciones, **la procedencia de mantener dicho contrato interadministrativo** y las soluciones que, en caso de no encontrarse ajustado a derecho, deberían adoptarse.

(…)

Adicionalmente a todo lo anterior, ponemos a su consideración los siguientes aspectos e inquietudes sobre el convenio referido:

(…)

• Las cláusulas 10, 11 y 12, **señalan las obligaciones de la EAAB con relación equipos,** personal y seguridad industrial; al respecto, este Despacho pregunta:

¿La EAAB tiene la capacidad real para garantizar una cobertura del 100% del servicio de aseo en la ciudad como único prestador habilitado a partir del 18 de diciembre de 2012, tal y como se menciona en el inciso tercero de la cláusula primera y siguientes?

¿Para esa fecha, ya se dispondrá de los nuevos vehículos recolectores para su prestación?

Si eventualmente, no se logra un acuerdo con los actuales operadores sobre la reversión de los vehículos, **¿qué alternativas ha previsto el Distrito para poder garantizar la recolección de residuos al no disponer de los bienes básicos para su atención?** [276]

(…)

(Negrillas fuera de texto).

De ese modo, la comunicación y advertencia era evidente en cuanto que la EAAB no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa, requeridas para prestar el servicio de aseo. Si así son las cosas, estas consideraciones eran aplicables también respecto de la empresa Aguas de Bogotá, en la medida en que era una empresa mucho más pequeña y con la característica de que tampoco tenía la capacidad y experiencia requerida para prestar el servicio de aseo. Pero, muy a pesar de estas recomendaciones que resultaron ser ciertas conforme a los hechos sucedidos en el mes de diciembre de 2012, la administración distrital, en cabeza de su alcalde mayor, decidió pasarle la responsabilidad a la empresa Aguas de Bogotá, en virtud de un contrato

[276] Específicamente ver los folios 54 a 57 del anexo n.° 3 de la actuación.

interadministrativo cuya fecha de suscripción fue a escasos catorce días del inicio del nuevo modelo de aseo para la ciudad capital.

En consecuencia, es difícil encontrar más pruebas que demuestren la representación y la conciencia de la ilicitud del disciplinado, cuando, a la fecha de esta comunicación, el mismo gerente DIEGO BRAVO le había informado al señor alcalde que la EAAB no estaba lista para asumir la responsabilidad en el manejo de aseo, y más cuando el disciplinado ya había sido citado a un debate en el Senado de la República por la evidente preocupación por las posibles consecuencias que traería las decisiones que en su momento anunció el mandatario distrital.

Así las cosas, es cierto que las anteriores comunicaciones, incluida también las del contralor distrital —que fue después del contrato UAESP-EAAB, pero antes del contrato EAAB-Aguas de Bogotá—,[277] no contenían órdenes o instrucciones, pero claramente eran advertencias bastante obvias en cuanto a que las entidades del Distrito no tenían la experiencia ni los medios para asumir la prestación del servicio de aseo. Por ello, es incorrecto que el señor defensor diga que dichas recomendaciones «no eran acertadas», pues, desde el momento mismo en que se permitió el uso de volquetas y se ocasionó la crisis para el día 18 de diciembre de 2012, los hechos ratificaron que sí eran ciertas; incluso, los meses siguientes en los que se utilizó volquetas para la prestación, hasta mediados del año 2013, así lo demostraron.

En ese orden de ideas, sí está demostrado el dolo del disciplinado, al haber determinado a los directores y gerentes de las entidades del Distrito a suscribir dos contratos interadministrativos en virtud de los cuales se pasó la prestación del servicio de aseo a dos entidades públicas sin experiencia, personal y capacidad requeridas para asumirlo, pese a las múltiples advertencias que se le hicieron al disciplinado y en donde uno de los objetivos del señor alcalde mayor fue supuestamente «descartelizar» a un grupo de contratistas, propósito que no guardaba ninguna relación con el respeto de las normas contractuales vigentes y con la garantía de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá como era su deber.

7.1.8 Argumentos presentados a modo de conclusión y respuesta de la Sala Disciplinaria.

Después de efectuar un resumen de algunas consideraciones, el señor defensor precisó lo siguiente:

[277] Conforme a la comunicación del 23 de octubre de 2012, visible en los folios 120 a 131 del anexo n.° 3 de la actuación.

1. No está demostrada la tipicidad de la falta, pues si bien el señor alcalde mayor del Distrito capital, entidad territorial equiparable para estos fines constitucionales al municipio, tiene la función de fijar políticas, dar orientaciones y adoptar medidas para la buena marcha de la administración.

2. En el presente caso, si el alcalde mayor planteó la prestación del servicio público domiciliario de aseo, tal decisión no fue contraria a derecho, pues no vulneró ninguna norma constitucional o legal y, por el contrario, encontró su justificación y razón de ser en las circunstancias en las que se hallaba el Distrito para julio de 2012, esto es, la necesidad de dar cumplimiento a las decisiones de la Corte Constitucional, especialmente, respecto de la inclusión de la población recicladora, la inminente terminación de los contratos de concesión con los operadores privados y la imposibilidad por el tiempo de tramitar una nueva licitación para concesionar la prestación del servicio de aseo en Áreas de Servicio Exclusivo.

3. Adicionalmente, el señor alcalde solicitó a los funcionarios competentes que se elaboraran los estudios de viabilidad financiera, técnica y jurídica, pues así está demostrado en las pruebas documentales y testimoniales obrantes en este proceso, de modo que con su conducta no violó ninguna norma jurídica ni los principios de la función administrativa.

4. No se demostró que el señor alcalde participó en la etapa precontractual o contractual concerniente a la celebración de los convenios interadministrativos n.° 17 y 809 de 2012, ni solicitó o influenció la celebración de estos convenios en forma contraria al ordenamiento jurídico.

5. No existió prueba de que el señor alcalde mayor obró con dolo en la medida en que las comunicaciones de las Procuraduría y la Contraloría no son evidencias aptas, eficientes, útiles, pertinentes y conducentes para demostrar la intención con la cual obró el señor alcalde, como tampoco hay prueba de que dolosamente indujo, ordenó o instigó a la UAESP, a la EAAB o a Aguas Bogotá a actuar por fuera del ordenamiento legal.

En tal forma, la Sala responde de la siguiente manera:

1. Sí está demostrada la tipicidad y la configuración de todos los elementos de la falta disciplinaria atribuida, pues, si bien el señor alcalde mayor del

Distrito capital tiene la función de fijar políticas, dar orientaciones y adoptar medidas para la buena marcha de la administración, con su comportamiento desconoció los principios básicos de la contratación estatal, al haber determinado que las entidades del Distrito, sin ninguna experiencia y capacidad, asumieran la prestación del servicio público de aseo.

2. La decisión de que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo sí provino del señor alcalde mayor de Bogotá, la cual fue contraria a derecho, porque, además de desconocer las normas contractuales vigentes, con su decisión de desató una grave crisis en la prestación del servicio de aseo en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, se prestó el servicio de forma deficiente en aquellas zonas donde el operador público utilizó volquetas hasta mediados del año 2013 y se invirtieron inadecuadamente recursos públicos sin ninguna necesidad, de los cuales algunos de ellos hoy en día están en riesgo de perderse. Además, quedó demostrado que la prestación del servicio de aseo por parte de un operador público no era necesaria para darle cumplimiento a las decisiones de la Corte Constitucional, relacionadas con la inclusión de la población recicladora.

3. Es cierto que el señor alcalde solicitó a los funcionarios competentes que se elaboraran los estudios de viabilidad financiera, técnica y jurídica, pero antes de que estos se hicieran la decisión ya se había tomado por parte del disciplinado, en el sentido de que una entidad pública debía asumir la prestación del servicio, en donde uno de sus objetivos fue supuestamente «descartelizar» a un grupo de contratistas, propósito que no guardaba ninguna relación con el respeto de las normas contractuales vigentes y con la garantía de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá como era su deber.

4. Es cierto que el señor alcalde no participó en la etapa precontractual o contractual concerniente a la celebración de los convenios interadministrativos n.° 17 y 809 de 2012, pero sí quedó demostrado que él dio precisas instrucciones para que la asignación del servicio público de aseo se hiciera a un operador público, el cual en la ciudad de Bogotá no existía y con la circunstancia de que las empresas que habían en el Distrito no tenían la más mínima experiencia, personal, conocimiento y capacidad técnica y operativa para asumir dicha responsabilidad.

5. Sí existió prueba de que el señor alcalde mayor obró con dolo, pues fueron múltiples las advertencias que varias entidades y funcionarios le hicieron sobre las consecuencias que podría generar su decisión, entre las que se destaca la propia prevención y aviso del señor gerente de la EAAB DIEGO BRAVO. Además, el dolo está confirmado en la medida en

que uno de los objetivos de su decisión fue supuestamente «descartelizar» a un grupo de contratistas, propósito que no guardaba ninguna relación con el respeto de las normas contractuales vigentes y con la garantía de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá como era su obligación constitucional y legal.

7.2 Argumentos frente al segundo cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

7.2.1 La libertad de empresa y la prestación de servicios públicos domiciliarios.

7.2.1.1 Argumentos de la defensa.

Luego de efectuar varias citas de algunas sentencias de la Corte Constitucional[278] y de los artículos 365 y 366 de la Constitución Política de Colombia, el señor defensor expresó que en esas normas y jurisprudencia transcritas se comprendía con absoluta claridad que una de las finalidades del Estado era la de garantizar la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios, en tanto ellos, y en particular el saneamiento ambiental, del cual hace parte el servicio de aseo, estaban llamados a satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos.

Así mismo, que estos servicios podían ser prestados directamente por el Estado, por los particulares o por comunidades organizadas y que en su prestación opera el principio de la libertad de empresa, entendido como el medio a través del cual se busca que en estos servicios la competencia garantice mejor calidad en el servicio, mejores tarifas y, en general, un mayor bienestar.

7.2.1.2 Consideraciones de la Sala.

La Sala debe destacar que las sentencias de la Corte Constitucional que fueron citadas por el señor defensor confirman la relevancia y la categorización de la libertad de empresa como principio en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, así se deduce del aparte de la sentencia C-524 de 1995:

[278] Sentencias C-524 de 1995, C-486 de 2009, C- 353 de 2006 y C-432 de 2010, de la Corte Constitucional.

> (Por libertad de empresa debe entenderse) **aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos** para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) **para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de** bienes y **servicios** conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial —**la iniciativa o empresa** como manifestación de la capacidad de emprender y acometer— y el instrumental —a través de **una organización económica típica**—, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.[279]
>
> (Negrillas de la Sala).

Además, obsérvese con atención lo que se dijo en la sentencia C-432 de 2010:

> Al respecto, **el artículo 333 Superior dispone que el Estado, por mandato de la ley, "*impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica* y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional**", es decir, **que compete al Estado asegurar el ejercicio de la libre competencia entre los diversos empresarios que concurren en un determinado mercado,** es decir, **entre quienes se dedican a una misma actividad económica,** comercializan idénticos o equiparables productos, o bien **prestan un mismo servicio.** En tal sentido, **asegurar la libre competencia conduce a (i) garantizar una mayor oferta** y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) **permite evitar la creación de monopolios;** (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos.[280]
>
> (Negrillas de la Sala).

Así mismo y en materia de servicios públicos, los siguientes son algunos apartes de la sentencia C-353 de 2006:

> En relación con los servicios públicos, la Constitución ha dispuesto que son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 inc. primero de la C.P.),

---

[279] Sentencia C-524 de 16 de noviembre de 1995 de la Corte Constitucional. M. P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Fundamento jurídico n.° 3.
[280] Sentencia C-432 de 2 de junio de 2010 de la Corte Constitucional. M. P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Fundamento jurídico n.° 7.2.1.

lo cual comprende el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 inc. primero de la C.P.). Tales previsiones, armonizan con la realización de los derechos fundamentales de las personas en cuanto éstos dependen, en gran medida, de su adecuada prestación, por lo que el sistema político debe buscar la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso a fin de corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos.(…)

Ahora bien. Como según la Constitución, la prestación de los servicios públicos puede hacerla el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, ésta previsión está en consonancia con lo previsto en el artículo 333 Superior, **que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como un derecho, correspondiendo al Estado impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica.** Actividad que además está sujeta a unos determinados límites como son: el ejercicio libre dentro del bien común, la libre competencia implica también responsabilidades, la empresa tiene una función social que conlleva obligaciones, **el Estado evitará o controlará cualquier abuso que las empresas o personas realicen por su posición dominante en el mercado y la ley delimitará el alcance de la libertad económica** cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. En efecto, si bien la Constitución define la libre competencia como un derecho, en condiciones de mercado ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios para el mercado, sino que su precio es el resultado de la interacción entre la oferta y la demanda; por lo tanto, las ganancias dependerán de que se vendan bienes y servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores.

(…)

Además, también en Sentencia C-150 de 2003[281], la Corte se pronunció sobre el alcance y relación de los artículos 333 y 334 de la Constitución, al indicar *"que la regulación de la economía es un instrumento del que dispone el Estado para orientar el interés privado –como lo es la realización de una actividad empresarial– al desarrollo de funciones socialmente apreciadas. En efecto, esta Corporación ha subrayado que "la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.* ***Por ello, el Constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no***

[281] M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia. *Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, las posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurran los particulares"*[282]*.*

Y más concretamente, en la misma Sentencia C-041 de 2003, la Corte manifestó que **al permitir la Ley 142 de 1994, que las empresas o particulares puedan prestar los servicios públicos domiciliarios, dicha norma constituía una manifestación de la libre actividad económica e iniciativa privada que debe ejercerse dentro de los límites del bien común (art. 333 Superior), destacando igualmente que se sujeta a la regulación, vigilancia y control del Estado (art. 365 de la Carta).** Lo cual se encuentra en correspondencia con el artículo 334 de la Constitución, por cuanto la economía se encuentra bajo la dirección general del Estado por lo cual los servicios públicos son objeto de intervención para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 de la Constitución).

(…)

Al respecto de las características relevantes de los servicios públicos domiciliarios, esta Corporación ha indicado las siguientes: *(i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente*[283]*;* ***(ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley;*** *(iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente,* ***sino también por comunidades organizadas o por particulares;*** *(iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi)* ***deberán ser prestados directamente por los municipios,*** *en tratándose de los servicios públicos domiciliarios,* ***cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen,*** *y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos."*(…)[284]

(…)

(Negrillas de la Sala).

---

[282] Sentencia C-616 de 2001. M.P RODRIGO ESCOBAR GIL.
[283] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-389 del 22 de mayo de 2002. M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
[284] Sentencia C- 353 de 9 de mayo de 2006. M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

En ese orden de ideas, es cierta la conclusión de que una de las finalidades del Estado es garantizar la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero inobjetablemente también lo es que debe respetarse el principio de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, puesto que la garantía de esas dos condiciones no es excluyente. Además, en cuanto al principio de libertad de empresa y conforme a las citas aludidas por el señor defensor, el Estado debe observar, como mínimo lo siguiente:

1. En materia de servicios públicos domiciliarios se debe reconocer la libertad a los particulares para que realicen actividades con miras a prestar dichos servicios.

2. El Estado debe impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, aun cuando se trate de servicios públicos domiciliarios.

3. El Estado debe asegurar el ejercicio de la libre competencia entre los diversos empresarios que concurren en un determinado mercado, entre quienes se dedican a una misma actividad económica, para prestar un mismo servicio.

4. En materia de servicios públicos también se debe asegurar la libre competencia para garantizar una mayor oferta.

5. En materia de servicios públicos no se permite la creación de monopolios.

6. La libre competencia, en materia de servicios públicos, también es un derecho, correspondiendo al Estado impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica.

7. Solo la ley es la que puede delimitar el alcance de la libertad económica, cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

8. El Constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, en aplicación de la libertad de empresa y la libre competencia.

9. El hecho de que la Ley 142 de 1994 haya permitido que las empresas o particulares puedan prestar los servicios públicos domiciliarios, ello es una manifestación de la libre actividad económica e iniciativa privada.

10. El régimen jurídico al cual estarán sometidos los servicios públicos es el que fije la ley.

En tal forma, al analizar los argumentos presentados por el señor defensor, como se efectuará a continuación, se podrá concluir que ninguna de las reglas y principios anteriormente mencionados se cumplieron con la expedición del Decreto 564 de 2012, proferido por el señor alcalde mayor de Bogotá. Es cierto que los artículos 365 y 366 de la Constitución Política de Colombia permiten la prestación de los servicios públicos por entidades públicas, pero esta posibilidad precisamente es la que debe armonizarse con la aplicación y respeto del principio de libertad de empresa, para lo cual se debe evitar, entre otras cosas, la creación de monopolios, en los términos de la sentencia C-432 de 2010, y observar que el régimen jurídico aplicable es el que determine la ley, como bien se indica, por ejemplo, en la sentencia C-353 de 2006.

Así las cosas, analicemos los argumentos de exculpación que de manera concreta expuso el señor abogado defensor respecto del segundo cargo formulado.

7.2.2 La prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá en libre competencia en el mercado o en libre competencia por el mercado.

7.2.2.1 Argumentos de la defensa.

Apoyado en un concepto de 20 de junio de 2013, elaborado por el doctor LUIS AMADOR CABRA,[285] el señor defensor destacó que el testigo CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA había explicado que Bogotá vive un esquema especial de prestación de servicios desde la vigencia de la Ley 142 de 1994 y que ha sido un esquema atípico y especial desde entonces, en la medida en que «los competidores no pueden realmente competir en el mercado, que de hecho siempre ha habido Áreas Exclusivas de Servicio y a pesar de que un prestador del servicio pueda estar en actividades del servicio en las zonas desarrolladas del norte de Bogotá, no puede quedarse con las contribuciones que allí recauda, porque con parte de esas contribuciones se cubren parte de los costos

[285] Concepto incorporado al expediente mediante la visita especial practicada el 24 de septiembre de 2013, en la Superintendencia de Industria y Comercio, visible en los folios 21 y siguientes del anexo n.° 44 de la actuación.

del servicio en otras zonas de Bogotá donde vive la gente más pobre». Que en esas condiciones se requería de la existencia de un organismo intermedio y de control, que en Bogotá es la UAESP, que garantiza que los proveedores que atienden a los sectores que dan más alta renta y en los que se contribuyen más los recauden debidamente y que esos recursos sirvan al Distrito Capital para subsidiar las tarifas de los sectores socioeconómicos más pobres.

Igualmente, según la opinión de este testigo, si la competencia fuera libre en el mercado, como la llama la doctrina nacional, en Bogotá no existiría el organismo que permite garantizar la calidad del servicio y que este llegue a todo el territorio. Además, que en estas condiciones (libre competencia por el mercado) los sectores más pobres de la población pueden acceder al servicio a través del esquema subsidiado y que en efecto dichas tarifas se puedan subsidiar. Que esto solo ocurre si los estratos más altos contribuyen, además del pago de la tarifa, con una contribución adicional especial, que esta está prevista en la ley pero la fija el Concejo Distrital, de conformidad con la Ley 142 y en la Ley 1450. Así, si varios proveedores entran libremente al mercado hay que fijar nuevas reglas de definan cómo es que va a funcionar un fondo especial para que se pague la contribución y se aplique el subsidio.

Continuando con la opinión del testigo ATEHORTÚA RIOS, explicó que en la ciudad de Bogotá, en la práctica, no ha operado un sistema de libre competencia en el mercado, es decir, en el que cualquier operador efectúa su propia gestión comercial para cautivar usuarios. Por el contrario, que la prestación del servicio se ha efectuado en la versión de la libre competencia por el mercado, en la medida en que los concesionarios u operadores privados han operado con fundamento en contratos suscritos con la UAESP, en los que se han establecido las áreas específicas en las que prestan sus servicios. Que aun cuando en los contratos suscritos con fundamento en las urgencias manifiestas no se ha pactado exclusividad, esto no implica que en la práctica los operadores privados, hayan actuado con gestión comercial y usuarios propios en el mercado.

Agregó que el tratadista ATEHORTÚA declaró que él ha planteado estas tesis en sectores académicos, como en ANDESCO, en sus clases, en las empresas, entre otras, y que si bien la libre competencia en los servicios públicos está garantizada en la Ley 142, en servicios públicos la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar mejores servicios, mejor calidad y para garantizar coberturas. Señaló que este experto creía que no en todos los servicios funciona igual y advertía, en su opinión, que la competencia era buena en el servicio de telecomunicaciones, pues existía una autopista que podían compartir muchos proveedores de servicio llamada espectro electromagnético de propiedad del Estado. Que en energía también podía existir competencia en el mercado y por el mercado. Así mismo, que este declarante indicó que

existían servicios donde podía haber competencia que exigen mucha reglamentación, como en el caso del servicio de aseo.

Además, que este experto había considerado que en Colombia «existía la experiencia del servicio de aseo de Bucaramanga que no se podía repetir, pues en esa ciudad se permitió la prestación del servicio de aseo en libre competencia». Que allí se presentan problemas bastante complejos, entre ellos que se descompensa el esquema de subsidios y contribuciones. Agregó que cuando en Bogotá, Bucaramanga o Medellín existían varios proveedores y uno atendía los nichos del mercado económicamente más eficientes, se podía cobrar una tarifa más baja, pero que con ello se afectan los montos de la contribución que tienen que pagar los estratos más altos, que es con la que se cubren los subsidios de los más bajos. Que todo esto conducía a descompensar el régimen de prestación del servicio de aseo y se apartaba de la regulación constitucional.

Por otra parte, destacó la declaración del doctor SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, «quien reconoce la existencia de algunas de las situaciones que pueden presentarse en un esquema de libre competencia en el mercado». Que en Bucaramanga los «operadores privados se centran en los estratos más rentables para su negocio (4, 5 y 6 y grandes productores) y se presentan descompensaciones en los subsidios a los estratos 1, 2 y 3. Que cuando se presentaban disminuciones en las tarifas que debían pagar los estratos 5 y 6, las diferencias debían ser cubiertas por el municipio y «que se presentaban divergencias entre los operadores por la actividad de barrido y limpieza de las vías públicas».

Así mismo, que si bien este declarante no hacía «observaciones negativas a la libre competencia en forma directa», si llamaba la atención el hecho de que manifestó que en dos ocasiones se había solicitado la verificación de motivos para las áreas de servicio exclusivo, pero no habían sido aceptadas por la CRA. Pero, además, que sostuvo que las empresas privadas que solo atienden hasta el quince (15) por ciento del área metropolitana se ocupaban principalmente de conjuntos residenciales y de centros comerciales, pero en nada se ocupaban de los sectores 1, 2, 3 de la ciudad.

Retomando el testimonio del doctor ATEHORTÚA, manifestó que este declarante dijo que en Colombia no se ha expedido una reglamentación que se ocupe de la libre competencia en el servicio de aseo y que ello implicaba que no existía claridad en el manejo de los subsidios, en manejo del barrido y limpieza de vías públicas, en la garantía de la cobertura de toda la ciudad en la prestación del servicio de aseo y de los recicladores y que puso de presente que la CRA ya estaba planteando la necesidad de esta reglamentación, como se consignaba en la Resolución 643 de 2013, de la cual citó algunos apartes.

Así las cosas y retomando algunos apartes del concepto de LUIS EDUARDO AMADOR CABRA, el señor defensor concluyó que las pruebas antes mencionadas demostraban que Bogotá ha estado «desde hace más de una década en un sistema llamado por una parte de la doctrina nacional de la teoría de los servicios públicos de **libre competencia por el mercado**», ya que los operadores prestan sus servicios en un área delimitada con fundamento en un contrato suscrito con la UAESP, sistema que hasta ahora, se ha dicho, ha sido el más eficiente para la ciudad.

Que lo anterior significaba que no ha habido expresiones de la **libre competencia en el mercado**, o como se podría llamar, libre competencia pura, en el que los operadores privados prestarían sus servicios, harían su propia gestión comercial y cautivarían sus propios usuarios en cualquier área de la ciudad.

Igualmente, que también había quedado probado que la libre competencia en el mercado no era viable en Bogotá por cuanto se presentaría el «descreme del mercado» y no se garantizaría la cobertura a la totalidad de la población quedando desprotegidos los estratos 1, 2 y 3 que son la mayoría de la población usuaria del servicio (86% aprox.) y los más vulnerables.

7.2.2.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, no es cierto que la ciudad de Bogotá, desde la vigencia de la Ley 142 de 1994, haya vivido un «esquema especial de prestación de servicio de aseo», pues en parte de la explicación del señor defensor se reconoció que durante mucho tiempo la ciudad acogió el régimen de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), el cual precisamente es una de las formas autorizadas por la ley de servicios públicos domiciliarios, en los términos claramente establecidos en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, para la Sala no hay nada novedoso en cuanto a que el doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA, apoyado en un concepto elaborado por el doctor LUIS AMADOR CABRA,[286] haya dicho que los prestadores del servicio en dicho régimen «no puedan quedarse con las contribuciones que recaudan en una zona determinada», pues es cierto que parte de ellas tienen que financiar el costo del servicio en otras zonas de Bogotá donde vive la gente más pobre. Como bien se destaca, para ello existe la UAESP que, como entidad «intermedia y de control», debe garantizar el cumplimiento de los subsidios para los sectores socioeconómicos más pobres, lo cual debe ser así,

[286] Concepto incorporado al expediente mediante la visita especial practicada el 24 de septiembre de 2013, en la Superintendencia de Industria y Comercio, visible en los folios 21 y siguientes del anexo n.° 44 de la actuación.

independientemente del modelo legal que se deba aplicar. Ahora bien, no es cierto que si se aplicara el régimen de libre competencia no tendría razón de ser un organismo como la UAESP, pues esta entidad, representando al municipio, tendría que seguir continuando en su labor de procurar la calidad del servicio y de observar que la aplicación de tarifas y subsidios se haga de forma adecuada, tanto así, que podría poner en conocimiento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cualquier anomalía sobre una situación de esta índole para que esta entidad adelante las respectivas investigaciones, en el marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Adicionalmente, tanto en la «libre competencia por el mercado», como en «la libre competencia en el mercado», como las denominó el señor abogado defensor, sí opera la prestación del servicio a través del régimen subsidiado. Recuérdese que el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS explicó que el régimen de libre competencia llegaba a todas las zonas; concretamente, que era obligación llegar a todos los usuarios. Refirió que los grandes productores y los estratos 5 y 6 subsidiaban a los más pobres. Incluso, añadió que se hacía un balance o equilibrio en la balanza. Así, cuando los estratos altos pagan más, el sobrante se le debía dar al municipio, y cuando el pago era menor, el municipio debía ajustar el valor que hiciera falta.[287]

En segundo lugar, la Sala debe llamar la atención en que una vez terminó la licitación en el mes de septiembre del año 2011, la ciudad de Bogotá sí entró en un régimen de libre competencia, aunque dicha situación se caracterizó por la suscripción y prórroga de contratos con los operadores privados que habitualmente venían prestando el servicio de aseo. Pero, obsérvese que esta situación no imposibilitaba a que otras empresas pudieran prestar el servicio de aseo; en otras palabras, dichos contratos no implicaron exclusividad.

En efecto, recuérdese que el señor Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el oficio 479123 del 31 de diciembre de 2012, le envió a la Procuraduría Delegada Preventiva un completo informe de todas las advertencias que esa Superintendencia le hizo durante el segundo semestre del año 2012 al señor alcalde mayor de Bogotá y a los demás funcionarios del Distrito sobre la implementación del nuevo esquema del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. Junto con esta comunicación se enviaron las copias de todas las acciones desarrolladas por dicha Superintendencia y de los oficios mediante los cuales se hicieron esas advertencias.[288]

---

[287] Confróntese con los minutos 20 y siguientes de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

[288] Confróntese con el oficio 479123 del 31 de diciembre de 2012, visible en los folios 542 a 548 del anexo n.° 14 de la actuación. Todos los anexos de este oficio, que fueron un total de 541 folios, corresponden con los folios 1 a 541 del mismo anexo 14 de la actuación. Estas pruebas fueron incorporadas mediante el auto de 20 de febrero de 2013, visible en el folio 130 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.

En tal comunicación se destacó, por ejemplo, el oficio n.° 20124210716171 del 17 de septiembre de 2012,[289] mediante el cual al señor alcalde mayor de Bogotá se le recordaron conceptos sobre la normatividad vigente en cuanto a la libre competencia en el servicio público de aseo, el régimen tarifario, el vínculo contractual con los usuarios del servicio de aseo, la inclusión de recicladores y los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Específicamente, en cuanto a los principios de libertad de entrada y libre competencia, el señor superintendente le ilustró al señor alcalde mayor que la prestación del servicio de aseo por parte de una entidad pública no podía impedir que otros operadores prestaran el servicio, porque la ciudad de Bogotá «tenía el régimen de libertad de empresa». Allí se dijo lo siguiente:

> En ese sentido, es jurídicamente viable que el Distrito inicie la prestación del servicio por medio de una empresa pública; **sin embargo, ello no garantiza que otros operadores no entren a prestar el servicio en el mismo territorio, porque en todo caso se mantiene el régimen de libertad de competencia.** Dicho régimen **es aplicable sin excepción, aún a pesar de la existencia de contratos suscritos entre el Distrito y los operadores. Estos contratos no pueden ofrecer exclusividad alguna.**
>
> **La única opción de exclusividad es la establecida en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994,** que implica un proceso licitatorio previo a una verificación de motivos por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA- **para la inclusión de áreas de servicio exclusivo** en los contratos y bajo la justificación de un incremento en la cobertura del servicio a los usuarios de menos ingresos.
>
> (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Además, mediante el oficio n.° 20124300810901 del 25 de octubre de 2012,[290] el señor superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios le dijo al señor alcalde mayor de Bogotá lo siguiente:

> De otra parte, **dado que el régimen que actualmente rige en el Distrito Capital para la prestación del servicio de aseo es el de libre competencia,** es necesario considerar que cualquier empresa de servicios públicos puede entrar en el mercado sin necesidad de autorización previa alguna.
>
> (Negrillas y subrayado fuera de texto).

[289] Visible en los folios 497 a 507 del anexo n.° 14 de la actuación.
[290] Visible en los folios 517 y 518 del anexo n.° 14 de la actuación.

De igual manera, la ratificación de que el régimen de libre competencia fue el que rigió en la ciudad de Bogotá desde el mes de septiembre del año 2011 quedó registrada en el oficio n.° 20124300871211 del 19 de noviembre de 2012, [291] enviado por el señor superintendente al señor alcalde mayor de Bogotá. Allí el superintendente le dijo lo siguiente:

> Para el caso particular de la prestación del servicio de aseo en el Distrito Capital se tienen los siguientes aspectos a considerar:
>
> - En virtud de la licitación 001 de 2002, el Distrito asignó seis Áreas de Servicio Exclusivo en la ciudad a distintos prestadores como concesionarios.
>
> **El 15 de septiembre de 2011 terminó el plazo establecido para las Áreas de Servicio Exclusivo,** así como para los contratos de concesión vigentes para dichas áreas, sin que se hubiera podido realizar una nueva licitación y, por consiguiente, sin que se hubieran asignado nuevamente Áreas de Servicio Exclusivo.
>
> - **A partir del 16 de septiembre de 2011 y hasta el 17 de diciembre de 2012,** el Distrito, amparado en declaratorias de emergencia, ha entregado la concesión del servicio a los antiguos concesionarios, en las mismas áreas que atendieron en la concesión original, **pero sin pactar cláusulas de exclusividad.**
>
> - El 18 de diciembre de 2012 terminan los contratos de concesión anteriormente referidos, a menos que las partes acuerden la extensión de su término de vigencia.
>
> En virtud de lo expuesto **se tiene que en Bogotá hubo una transición de un esquema de Áreas de Servicio Exclusivo a un esquema de libertad de competencia.** Ello es así, **a pesar de la existencia de los contratos de concesión posteriores a al 15 de septiembre de 2011** (que no contienen cláusula de exclusividad); por tanto, **desde el mismo 16 de septiembre de 2011, los usuarios se encuentran en libertad de escoger el prestador disponible.**
>
> (Negrillas y subrayado fuera de texto).

[291] Ver página n.° 2 del oficio 479123 del 31 de diciembre de 2012, suscrito por el doctor CÉSAR GONZÁLEZ MUÑOZ, superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. Confróntese con el folio 543 del anexo n.° 14 de la actuación.

En consecuencia, no es cierta la opinión del testigo ATEHORTÚA RIOS, en cuanto a que en la práctica «no operó un sistema de libre competencia en el mercado», pues al no haber exclusividad ni Áreas de Servicio Exclusivo, cualquier operador podía prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, muy a pesar de que en la práctica y en virtud de esos contratos se hubiere acordado la prestación del servicio en determinadas zonas o áreas de la ciudad.

Por lo anterior fue que desde los meses de enero y febrero de 2012, [292] los funcionarios de la Procuraduría Preventiva le advirtieron al entonces director de la UAESP GUILLERMO RAÚL ASPRILLA CORONADO[293] el respeto por el principio de la libertad de empresa, debido a una solicitud de una empresa privada para ingresar al Relleno Sanitario de Doña Juana. Desde esa época se dijo lo siguiente:

> La UAESP manifiesta que no es posible acceder de manera favorable a la solicitud presentada por el representante legal de Aquapolis S. A. E. S. P., de acceso al Relleno Sanitario Doña Juana.
>
> Sobre este punto particular, de manera comedida, se recomienda revisar nuevamente la posición jurídica de la UAESP, **teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 333 y 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos domiciliarios, por regla general, se prestan en régimen de competencia.**
>
> El artículo 22 de la Ley 142 de 1994 desarrolla **el principio de libertad de empresa, comúnmente conocido como libertad de entrada,** previsto en el artículo 10 de la citada ley.
>
> El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha definido la **libertad económica** como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, es una libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía, entre ellos por la regulación económica.
>
> Así mismo, ha sostenido el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido, que se aprecia, por una parte, **en la libertad de empresa, que constituye nada menos que «el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella»**, y de otra, en la **libertad de**

[292] Confróntese con los folios 1 a 10 del anexo n.° 1 de la actuación.
[293] Mediante el oficio n.° 51113 del 27 de marzo de 2013. Confróntese con los folios 11 a 17 del anexo n.° 1 de la actuación.

competencia, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado.

La doctrina ha definido el principio de **libertad de entrada consistente en permitir que las empresas** debidamente constituidas y organizadas **desarrollen su objeto social sin que sea necesaria la expedición de algún título habilitante por parte de las autoridades administrativas.** Con ello se busca que en el régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios no existan barreras legales o procedimientos administrativos que obstaculicen el ingreso de nuevos operadores al mercado.

(…)

De este modo, según el régimen de funcionamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consagrado en el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, **no se requiere permiso para el desarrollo de su objeto social,** pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, la concesiones, permisos y licencias referidas en los artículos 25 y 26 ibídem, de acuerdo con la naturaleza de la actividad.

Es decir, **la norma general es que existe libertad para que varias empresas presten servicios públicos, salvo en los casos que por interés social y con el propósito de ampliar la cobertura de los servicios públicos, se entregue a una sola empresa un área de servicio exclusivo,** en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

De tal manera que, **salvo que se trate de contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo,** en los que previamente se hayan verificado **los motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo** por parte de la CRA, **ninguna persona requiere autorización o título habilitante de ninguna autoridad para que pueda prestarlo.**

Lo anterior significa que, **hasta tanto no se haya adjudicado las ASE mediante un proceso licitatorio, se debe,** en sentir de esta oficina, **aplicar la regla general de libertad económica.**

(Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, el criterio para determinar si desde el mes de septiembre de 2011 había o no había libre competencia no fue el de si las empresas privadas «actuaron o no actuaron con gestión comercial y usuarios propios en el mercado», sino por la contundente razón de que culminaron las Áreas de Servicio Exclusivo y porque desde esa fecha dejó de existir la referida exclusividad. Por esta circunstancia es que tiene toda la razón el testigo técnico

solicitado por la defensa, SAMUEL PRADA COBOS, cuando explicó que las dos únicas posibilidades para prestar el servicio de aseo son las Áreas de Servicio Exclusivo o el régimen de libre competencia.[294]

En tercer lugar, está desvirtuada cualquier opinión o apreciación en cuanto a problemas que imposibiliten la aplicación del régimen de libertad de empresa, como supuestamente ocurría en la ciudad de Bucaramanga, según el doctor ATEHORTÚA RIOS. Así, mientras el señor defensor destacó que este testigo había dicho que «la experiencia del servicio de aseo de Bucaramanga no se podía repetir», toda la declaración del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS apunta a una conclusión distinta, por cuanto, siendo él el gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga y no el doctor ATEHORTÚA RIOS, refirió que llevan trece o catorce años en el régimen de libre competencia; que el servicio llega a todos los usuarios y que si acaso existe un uno por ciento en el que «no es que no se preste el servicio», sino en donde se deben corregir algunas situaciones excepcionales que en manera alguna afectan la funcionalidad de este régimen contemplado en la ley.[295] Incluso, para este testigo es posible que el mismo régimen de libre competencia pueda ser más conveniente que el de las mismas Áreas de Servicio Exclusivo, ya que frente a la pregunta de la defensa sobre cuál de los dos modelos eran mejor respondió que tenía sus dudas, aseverando que el régimen de la libre competencia era un modelo funcional.[296] Además, respecto de la supuesta descompensación de los subsidios dijo no haber ningún problema por cuanto era una obligación que los estratos altos pagar mucho más. [297]

Por lo tanto, no es cierto que el doctor SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, haya reconocido la existencia de dificultades en el régimen de libre empresa. Incluso, el señor defensor en otro apartado así lo dio a entender cuando afirmó que este testigo no hizo «observaciones negativas a la libre competencia en forma directa». Al respecto, la Sala no puede pasar por alto que fue el señor defensor, y no el declarante, quien insinuó dificultades del régimen de libre competencia.[298] Frente a ello, el doctor SAMUEL PRADA le contestó que no los había; por el contrario, que él apreciaba el sistema de libre competencia.[299] Además, ante la insistencia del señor defensor, el testigo le dijo que a partir de las eventuales quejas se pueden corregir algunas fallas de la prestación del servicio, pero en la línea de mejorarlo, agregando que esas situaciones, las que se pueden presentar en cualquier modelo, no afectaban su funcionalidad. Así mismo, el declarante

---

[294] Confróntese con los minutos 49, 52, 1.04, 1.10 y 1.11, entre otros, de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[295] Ibídem. Minutos 20 y siguientes, y muy especialmente en los minutos 25 y 28, entre otros.
[296] Ibídem. Minutos 42 y siguientes.
[297] Ibídem. Minutos 20, 21 y siguientes de la declaración.
[298] Ibídem. Minuto 1.05 de la declaración.
[299] Ibídem. Minutos 1.05, 1.06 y siguientes de la declaración.

explicó que una situación como esa era una oportunidad de mejorar la prestación del servicio, pero que el modelo era «interesante, bueno, válido y funcional». Igualmente, el testigo afirmó que cuando el Estado era eficiente en ese modelo era muy posible que no entraran otras empresas. Así las cosas, debe insistirse en que el testigo dio varias respuestas tendientes a desvirtuar la apreciación del señor defensor contenida en varios de sus comentarios y preguntas.[300]

Igualmente, la declaración del testigo PRADA COBOS inequívocamente apunta a que no existen «dificultades» en otros componentes como los de barrido y limpieza, pues dijo que estas actividades complementarias se prestan en unas zonas día de por medio y en otras a diario, lo cual se medía de acuerdo a las micro rutas que se hicieran. Además, que el detalle de esta actividad se enviaba a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para su constante vigilancia.[301] Del mismo modo, señaló que esta era una obligación tanto del operador público como el de los privados, para lo cual se ponían de acuerdo conforme al porcentaje de usuarios.[302] En tal forma, debe repetirse que lo que para la defensa es una supuesta «dificultad» para el testigo es simplemente un acuerdo y reparto normal de actividades entre los operadores públicos y privados para que el servicio se preste en buenas condiciones, aun en el régimen de libertad de empresa.

En cuanto a la actividad del reciclaje ―que en palabras del doctor ATEHORTÚA también podría ser otro inconveniente―, obsérvese que el gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga explicó que en el régimen de libre competencia los recicladores están organizados y formalizados. Precisó que estas personas conformaban una organización con personería jurídica y que tenían un empleo con un salario formal con todas las prestaciones y con la seguridad social. En tal forma, refirió que la remuneración salía de la actividad del reciclaje y que ellos no recogían en las calles, en la medida en que esta actividad estaba organizada, gracias a lo que recogían «los prestadores del servicio en las rutas selectivas».[303] Por ello fue que afirmó que la actividad del reciclaje no era ningún obstáculo para la libre competencia. Así mismo, que tanto los operadores privados como el operador público tenían la obligación de recogerle el material reciclable. Además, que los recicladores estaban en un centro de acopio y que ellos viven de lo que le venden a las empresas industriales, producto del empaque, selección, compactación, embalaje, comercialización y ventas de esos materiales reciclables, de lo cual se pagaba su actividad. Al respecto, explicó que las empresas no cobraban el componente

[300] Ibídem. Del minuto 1.05 al 1.10 de la declaración. Y así lo ratificó en el minuto 1.13. Y así lo había puesto de presente desde el minuto 42.
[301] Ibídem. Minutos 15 y siguientes de la declaración.
[302] Ibídem. Minutos 18 y siguientes.
[303] Ibídem. Minutos 1.13 y siguientes.

de la recolección de esos materiales, el cual era el más costoso. Además de todo eso, agregó que se construyó por parte de la empresa de aseo un centro de acopio, refiriendo que todo este tipo de situaciones eran acciones afirmativas en favor de la población recicladora.[304]

Por lo tanto, tal y como se ha venido afirmando, los supuestos inconvenientes del régimen de la libre competencia, incluyendo los que se soportan en las opiniones del doctor CARLOS ATEHORTÚA RIOS, están desvirtuados en virtud de lo que precisamente relató el testigo SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga.

En cuarto y último lugar, el señor defensor concluyó que las pruebas antes mencionadas demostraban que Bogotá ha estado «desde hace más de una década en un sistema llamado por una parte de la doctrina nacional de la teoría de los servicios públicos de **libre competencia por el mercado**» (ASE), por lo que no se habían presentado expresiones de la **libre competencia en el mercado**, o como se podría llamar, libre competencia pura.

En tal sentido y al margen de lo anterior, la conclusión ineludible es que con la expedición del Decreto 564 de 2012 se imposibilitó la libre competencia «por el mercado» o «en el mercado», en la manera como lo explicó el señor defensor, pues, lo cierto es que a partir de la entrada del nuevo modelo de prestación del servicio de aseo, todo el manejo y la responsabilidad de este servicio pasó a manos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la única posibilidad para que participaran los operadores privados lo fue por la vía de la subcontratación con la UAESP, la cual se dio conforme a las condiciones y porcentajes que determinó el Distrito, y ello porque de manera coyuntural el operador público fue incapaz de asumir la operación en el ciento por ciento de la ciudad como estaba inicialmente decidido por el señor alcalde mayor de Bogotá.

Sobre esta última situación, obsérvese que conforme al oficio del 23 de agosto de 2013 suscrito por la directora de la UAESP[305] el porcentaje de prestación del servicio del operador público, entre el 18 de diciembre de 2012 al 22 de abril de 2013 fue del 52.62 % de la ciudad, mientras que del 22 de abril de 2013 en adelante[306] el porcentaje de prestación fue del 63.15 %, en donde, por ejemplo, ya no prestó más el servicio el operador privado ATESA S. A. Así las cosas, los porcentajes, las condiciones y los subcontratistas los establece la administración distrital sin que existan Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), única limitación legalmente posible que puede dar al principio de libertad de empresa conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

---

[304] Ibídem. Minutos 1.15 y siguientes, entre otros.
[305] Conforme a los folios 1440 a 1442 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.
[306] Por lo menos hasta el 20 de agosto de 2013, conforme a dicha comunicación.

7.2.3 Decisiones adoptadas en el Decreto 564 de 2012.

7.2.3.1 Argumentos de la defensa.

En primer lugar, el señor defensor defendió la expedición del Decreto 564 de 2012, al decir que este no tuvo como propósito vulnerar ninguna norma constitucional ni legal sobre la libre competencia en materia de servicios públicos domiciliarios. Por el contrario, que el único fin fue dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional y garantizar la prestación del servicio de aseo, conforme era la competencia del Distrito. Igualmente, agregó que este decreto se expidió para atender el valor y el vigor de los principios de la Constitución Ecológica; para atender las obligaciones establecidas en el protocolo de KYOTO, aprobado por la Ley 629 de 2000 y en cumplimiento del programa Basuras Cero.

Además, que dicho acto administrativo estableció los lineamientos reglamentarios para permitir, a través de la inclusión de la población recicladora, la configuración de un esquema del servicio de aseo a través del aprovechamiento de los residuos reutilizables. En últimas, que la prestación del servicio de aseo en Bogotá, conforme al programa Basuras Cero, estaba enfocada primordialmente a la labores de aprovechamiento a cargo de los recicladores, como sistema prioritario en la medida en que responde al concepto de prevalencia de la Constitución Ecológica, para lo cual efectuó algunas citas de la sentencia C-750 de la Corte Constitucional.

Por ello afirmó que el Decreto 564 de 2012 promovía la prestación del servicio de aseo a través del aprovechamiento, dentro del marco Constitucional y conforme a las exigencias actuales de protección al medio ambiente, sin perjuicio del servicio de aseo tradicional de Barrido, Recolección y Limpieza RBL, el que, conforme al Decreto 564 de 2012, estaba a cargo de los operadores públicos y privados, a través de Áreas de Servicio Exclusivo.

En segundo lugar, manifestó que el Decreto 564 de 2012 en ninguno de sus artículos prohibió el ingreso a algún otro operador, sea público o privado, para la prestación del servicio de aseo en Bogotá. Que esa no fue la intención con las medidas adoptadas como se comprendía de las declaraciones de las doctoras MARÍA MERCEDES MALDONADO y NELLY MOGOLLÓN y del doctor JORGE PINO RICCI. Por el contrario, que además de contemplar los operadores de RBL, también incluía a los 13.500 recicladores para el servicio de aseo por aprovechamiento, aspecto que precisamente era un fin ordenado por la Corte Constitucional en el Auto 275 de 2011, al ordenar al Distrito realizar acciones afirmativas para la población recicladora en el esquema que estimara

pertinente. Que este esquema escogido para el sistema de RBL era las Áreas de Servicio Exclusivo y de aprovechamiento con los recicladores.

Así, dijo que lo anterior se puso de presente en las distintas mesas de trabajo, efectuadas con la Procuraduría en el seguimiento del cumplimiento del referido auto y así expresamente lo señalaban el parágrafo del artículo 2 y los artículos 4 y 11 del Decreto 564 de 2012. Además que este Decreto establecía pautas necesarias para garantizar el derecho al saneamiento básico, separación en la fuente y para incluir a la población recicladora, conforme a los artículos 3, 10, 14 y 15.

En tercer lugar, refirió que en los artículos 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, y 16 del Decreto 564 de 2012 se adoptaron unas medidas para garantizar la prestación del servicio de aseo. En tal sentido, señaló que el esquema transitorio del servicio de aseo adoptado no prohibía la libre competencia, ni tenía ese propósito; que su finalidad era dar cumplimiento a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en los autos 275 del 2011 y 084 de 2012 para incluir a la población recicladora, garantizar el cumplimiento del programa Bogotá Basura Cero y garantizar la continuidad del servicio, de conformidad con las normas Constitucionales y legales, conforme a los lineamientos allí establecidos.

Relacionado con este aspecto, recordó que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá podía, de conformidad con la Constitución y la Ley 142 de 1994, en armonía con el Decreto 1421 de 1993, prestar el servicio de aseo y que ello no vulneraba ninguna normatividad legal ningún principio de la función administrativa y tampoco la libre competencia.

Sobre los artículos 2, 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012 llamó la atención de que estos no prohibían la prestación del servicio de aseo por operadores diferentes a la EAAB, como «lamentablemente lo entendía la Procuraduría». Que ni estos ni ningún artículo del Decreto 564 de 2012 incluía una orden de retención de los vehículos en manos de los particulares, como lo entendió y manifestó el declarante TULIO SARMIENTO, representante legal de aseo capital.

En cuarto lugar, resaltó que la testigo NELLY MOGOLLÓN había explicado que el programa «Basura Cero» buscaba proteger el medio ambiente a través de la recolección responsable de basuras con reciclaje en la fuente. Que era un cambio en la forma en que se presta el servicio de aseo, pues actualmente la basura llega al relleno y que con este programa se buscaba que al relleno llegara la menor cantidad de basura posible y se maximizara el aprovechamiento de los residuos, los que podían ser reutilizados en la industria, como por ejemplo el papel.

Así mismo, destacó que esta testigo explicó que el componente de aprovechamiento estaba incorporado en el Plan de Inclusión conforme a lo

definido por la Corte Constitucional y que el propósito era ayudar a los recicladores para que se formalizaran y organizaran; añadió que en Bogotá eran aproximadamente 13.500 recicladores los contemplados en el censo y que cada uno de ellos sería organizado para prestar el servicio de aseo en aprovechamiento. Por ello, esta testigo dijo que la inclusión de la población recicladora era un proceso difícil, por cuanto se estaba ante una población vulnerable con una cultura organizacional que no es simple ni sencilla, pues comprendía múltiples valores, realidades, anhelos y frustraciones de variada etiología, pero que la UAESP estaba surtiendo las etapas previstas en dicho plan y que «para junio de 2013 contaba con un 42% de avance».

En quinto lugar, resaltó nuevamente que el esquema era transitorio en la medida en que el esquema escogido para la prestación del servicio de aseo era a través de concesiones con inclusión de Áreas de Servicio Exclusivo, para lo cual se requería de un proceso licitatorio, previa verificación de los motivos para incluir dichas áreas, lo cual estaba a cargo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, gestión a cargo de la UAESP.

Sobre la verificación de motivos recordó que la UAESP presentó una primera solicitud ante la CRA el 30 de julio de 2012 y que dicha entidad le hizo observaciones, recibidas el 15 de agosto de 2012, en razón de las cuales la UAESP, a través de la comunicación de 19 diciembre de 2012,[307] radicó el Estudio de Factibilidad Técnica Económica y Financiera para la verificación de motivos para la inclusión de Áreas de Servicio Exclusivo en los contratos de concesión del servicio público domiciliario de aseo en Bogotá.

Así mismo, que, en la comunicación con radicado n.° 2013-321-001996-2 de 8 de mayo de 2013, la UAESP informó a la CRA que era necesario replantear el estudio de factibilidad, una vez se contara con la nueva metodología tarifaria que, según la CRA, estaría aprobada en octubre de 2013, la cual era necesaria para establecer el modelo financiero con certeza y claridad y para no generar incertidumbre en el modelo financiero del sistema de aseo.

Del mismo modo, trajo a colación la Resolución CRA 643 del 24 de junio de 2013, el cual contenía un proyecto de regulación tarifaria, la cual tenía como soporte normativo el deber constitucional, legal y judicial, «nada menos que el ineludible exhorto dado por la Corte Constitucional a dicha entidad contenido en el auto 275 de 2011».

Conforme a lo dicho, refirió que la doctora MOGOLLÓN en su declaración manifestó que la UAESP no ha podido continuar con la licitación de ASES, «porque la metodología de la Resolución 351 de 2005 no permite fijar una tarifa

[307] Radicación 201200086881, contenida en los folios 99 y siguientes del anexo n.° 3 de la actuación.

precisa para todo lo que comporta el aprovechamiento, verbigracia la forma en que opera el transporte de los residuos reciclables». Que por ello la testigo añadió que «hasta no tener la resolución de la CRA sobre el nuevo modelo tarifario sería irresponsable abrir una licitación pública», aspecto sobre el cual indicó que ya había un equipo técnico trabajando en la modelación de escenarios, que serían ajustados cuando saliera la nueva resolución de la tarifa.

En sexto lugar, el señor defensor reiteró que la interpretación que daba la Procuraduría y otras autoridades públicas de las facultades del Distrito y del señor alcalde mayor de Bogotá y sobre el alcance del Decreto 564 de 2012 no era la única, y que ella no servía para reprochar a título de dolo la comisión de la falta atribuida al disciplinado. Para ello, trajo a colación apartes de las sentencias de 20 de marzo de 2013[308] y de 30 de abril de 2013,[309] proferidas por el Juzgado Tercero Administrativo y Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, respectivamente, en las que se negó la suspensión provisional del Decreto 564 de 2012. Por ello, concluyó que con fundamento en estas dos sentencias no era evidente, como lo pretendía la Procuraduría, que el contenido del Decreto 564 de 2012 fuera vulneratorio de las normas que regulan la prestación de los servicios públicos domiciliarios ni la libre competencia. Que esas decisiones judiciales reflejaban que tanto el Decreto 564 de 2012, como las normas constitucionales y legales sobre la prestación del servicio de aseo y las competencias del Distrito admitían otra visión e interpretación.

Así mismo, que la anterior conclusión se evidenciaba en la declaración del doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA, quien consideraba que las actuaciones de las autoridades del Distrito Capital fueron las adecuadas y ajustadas a derecho y que en la ciudad de Medellín las EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN eran quienes prestaban el servicio mayoritariamente, con algunos operadores privados que debían someterse a los acuerdos y decretos del municipio para su prestación. Así mismo, que según este testigo el caso de la ciudad de Cali era similar al de Bogotá, pues el prestador del servicio es EMSIRVA en liquidación, el cual mantenía su relación con base en contratos con operadores privados que prestan el servicio en las áreas establecidas en ellos, sin que en esa ciudad haya áreas de servicio exclusivo.

Por otra parte, el señor defensor agregó que obraba en el expediente un concepto emitido por el doctor GUILLERMO FRANCISCO REYES GÓNZALEZ,[310] en el cual se efectuó un análisis de la legalidad del Decreto 564

[308] Del proceso de nulidad contra el Decreto 564 de 2012, con el radicado 11001333400320120013100 del Juzgado Tercero Administrativo, conforme a la cita efectuada por el señor defensor.
[309] Conforme a la cita efectuada por el señor defensor en la página 148 del escrito de alegatos de conclusión.
[310] Visible en los folios 205 y siguientes del anexo n.° 11 de la actuación.

de 2012, cuya conclusión era que dicho acto administrativo se encontraba ajustado a derecho. Además, que llamaba la atención el hecho de que, según la declaración de TULIO SARMIENTO, representante legal de Aseo Capital, se haya intentado una acción de tutela por la supuesta violación a la libre competencia, la cual no prosperó.

Adicional a lo anterior, puso de presente que la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-387 de 2012, haya avalado la adopción de acciones afirmativas a través de actos administrativos.

En séptimo y último lugar, resaltó que no existía ninguna prueba obrante en el expediente que probara el dolo del disciplinado. Para ello, dijo que el cargo se configuraba «en el supuesto desconocimiento y violación de las instrucciones o recomendaciones de la misma Procuraduría», lo cual se traba de una modalidad inédita de configuración de la definición típica, de grado de culpabilidad y de integración de los elementos subjetivos de la falta. Precisó que era una modalidad de auto configuración de la descripción de la conducta merecedora de reproche disciplinario, consistente, a su vez, «en una especie de auto referencia normativa y de empoderamiento disciplinario y administrativo o de cogobierno basada en la definición de instrucciones de la gestión de gobierno y administración local, basada en la competencia legal de la llamada función de vigilancia preventiva de la función pública». En tal forma, explicó que era como decir que «se sanciona al señor alcalde mayor de la Capital de la República por no cumplir instrucciones de la misma Procuraduría o lo que es lo mismo, sanciono porque me desobedecen en la función preventiva», lo cual, en su criterio, parecía configurarse una modalidad de intromisión inadecuada en la gestión pública.

Sobre este particular agregó que la función preventiva de la Procuraduría, cuyo propósito debía ser la lucha en contra de la corrupción, no estaba llamada a ser un control de gestión; es decir, que no era un mecanismo para decirle a un servidor público, menos a uno de elección popular y entre sus diferentes opciones legítimas de gestión y administración, cuál debía ser la que tenía que acogerse, pues ello comportaba una extraña modalidad inconstitucional de cogobierno y una forma absurda de invasión de la órbita competencial y de las atribuciones de dicho funcionario.

Con todo y aceptando la configuración del dolo en dichos términos, el señor defensor explicó que de la lectura de las instrucciones preventivas supuestamente desconocidas no aparecía ninguna instrucción preventiva dirigida específicamente al ahora disciplinado referente a las materias del Decreto 564 de 2012.

Para ello y en la forma como lo presentó en el escrito de descargos, refirió que el oficio n.° 51113 del 27 de marzo de 2012 fue dirigido a la UAESP y no al

señor alcalde mayor, y que además que esta comunicación no se refirió al contenido del Decreto 564 de 2012, sino a situaciones ajenas al resorte y responsabilidad del disciplinado.

De similar modo y en cuanto al oficio n.° 132557 del 5 de septiembre de 2012, dijo que se refería a las noticias reportadas en medios de comunicación sobre la creación de un operador público y a la posibilidad de que dicha decisión estuviera en contravía con otras actuaciones relacionadas con la población recicladora, trámite de las ASE y declaraciones de urgencia manifiesta, contenidos que no guardaban ninguna relación con las decisiones adoptadas en el Decreto 564 de 2012, por lo que no podían considerarse advertencias sobre una supuesta vulneración a la libre competencia.

Respecto del oficio dirigido al gerente de la EAAB el 30 de octubre de 2012, también dijo que no fue dirigido al señor alcalde mayor, que solo se refería al convenio interadministrativo n.° 17 de 2012 y que no tenía ninguna aseveración que tuviera relación con las decisiones adoptadas en el Decreto 564 de 2012. Así, añadió que no sobraba recordar que el convenio interadministrativo n.° 17 de 2012 se suscribió sin exclusividad y que «no impide, ni impidió», el ingreso de otros operadores.

En cuanto a las reuniones llevadas a cabo el 7 y 13 de noviembre de 2012, dentro del seguimiento al cumplimiento del Auto 275 de 2011, dijo que en ellas no participó el señor alcalde.

Igualmente y en cuanto al oficio n.° 178066 de 30 de noviembre de 2012 dirigida al señor alcalde mayor, señaló que dicha comunicación contenía consideraciones sobre la libertad de empresa y de competencia frente a los servicios públicos en forma general, y en que se insistía en detenerse en el estudio del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012, el cual no era el eje jurídico que fundamentaba el Decreto 564 de 2012. Agregó que esta comunicación tampoco instruía al alcalde sobre las circunstancias específicas de la ciudad de Bogotá y que, aunque se mencionaron las decisiones de la Corte Constitucional, no se hizo un examen integral y armónico de dichas decisiones con las normas constitucionales y legales como Ley 142 de 1994 y el Decreto 1421 de 1993, entre otros, los cuales se tuvieron en cuenta para expedir el Decreto 564 de 2012.

De manera adicional agregó que resultaba pertinente llamar la atención en el hecho de que el oficio n.° 178066 de 30 de noviembre de 2012, dirigido al señor alcalde mayor, se apoyara en textos del doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA, para considerar que la celebración del convenio interadministrativo era irregular, pero que fue este mismo doctrinante quien en su declaración manifestó que, en su criterio jurídico, las actuaciones del alcalde estaban ajustadas a derecho, como en efecto lo estaba el Decreto 564 de 2012,

lo cual suponía una evidente contradicción en la esencia de los fundamentos de la supuesta falta disciplinaria que se imputa.

De esa forma concluyó que reiteraba lo manifestado en el escrito de descargos para reafirmar que fue la Procuraduría la que le dio al Decreto 564 de 2012 una interpretación jurídica y un alcance diferente del que tiene y del que se tuvo al momento de su expedición, agregando que ninguna de esas comunicaciones era una prueba útil, pertinente y conducente, en los términos de los artículos 177 y 178 del C. P. C. para demostrar el dolo del disciplinado.

7.2.3.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, la Sala debe insistir en que el Decreto 564 de 2012 sí restringió el principio de la libertad de empresa en materia de servicios públicos domiciliarios, pues se repite que todo el manejo y la responsabilidad de este servicio pasó a manos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y que la única posibilidad para que participaran los operadores privados lo fue por la vía de la subcontratación con la UAESP, la cual se dio conforme a las condiciones y porcentajes que determinó el Distrito, y ello porque de manera coyuntural el operador público fue incapaz de asumir la operación en el ciento por ciento de la ciudad como estaba inicialmente decidido por el disciplinado. Una muestra de ello es que el porcentaje de prestación del servicio del operador público, entre el 18 de diciembre de 2012 al 22 de abril de 2013 fue del 52.62 % de la ciudad, mientras que del 22 de abril de 2013 en adelante[311] el porcentaje de prestación fue del 63.15 %, en donde, por ejemplo, ya no prestó más el servicio el operador privado ATESA S. A. [312] Por lo tanto, los porcentajes, las condiciones y los subcontratistas los estableció en forme unilateral la administración distrital a partir del Decreto proferido por el señor alcalde mayor de Bogotá sin que existieran Áreas de Servicio Exclusivo (ASE).

Dicho esto, la Sala ya ha dejado en claro que, conforme a las pruebas recaudadas en la actuación, la expedición del Decreto 564 de 2012 no tuvo ninguna relación con el cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional a favor de la población recicladora.

Al respecto, recuérdese que el Distrito tenía que dar cumplimiento a una serie de acciones afirmativas que no necesariamente dependían de la adopción de uno u otro modelo para ello. Una de las razones principales para hacer esta afirmación es que varias de las acciones afirmativas tienen un carácter programático, tal y como varias autoridades lo han expuesto desde el segundo

[311] Por lo menos hasta el 20 de agosto de 2013, conforme a dicha comunicación.
[312] Conforme a los folios 1440 a 1442 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

semestre del año 2012 y como bien lo confirmó la doctora NELLY MOGOLLÓN, anterior directora de la UAESP, conforme al informe de cumplimiento de las metas presentado a la Corte Constitucional, el cual, con corte 30 de junio de 2013, iba en un porcentaje de cumplimiento del 42%.[313]

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que de las seis metas iniciales el Distrito consolidó cuatro objetivos orientados para el cumplimiento del plan de la inclusión de la población recicladora. El siguiente cuadro muestra en qué consisten esos cuatro objetivos y cuáles son las estrategias para cumplir cada uno de ellos: [314]

Objetivos	Estrategias
Objetivo n.° 1. Garantizar que el 100% de la población de Bogotá conozca el programa Basura Cero.	1. Implementar campañas de comunicación en medios masivos acerca del Programa Basura Cero; 2. Divulgar el programa de unidades residenciales, establecimientos comerciales, almacenes de cadena y centros comerciales; 3. Divulgar el programa a instituciones educativas; y 4. Divulgar el programa a otras instituciones.
Objetivo n.° 2. Reorganizar el servicio público reorientado hacia el aprovechamiento, de manera tal que los recicladores de oficio participen como operadores del mismo en óptimas condiciones.	1. Identificar a la población recicladora; 2. Reconocer el servicio público de aprovechamiento a los recicladores vía tarifa; 3. Promover la creación y fortalecimiento de ORAS; y 4. Dotar a la ciudad de equipamientos que garantice el aprovechamiento del material reciclable.
Objetivo n.° 3. Desarrollar el marco regulatorio que garantice la reorganización del servicio público de aseo orientado al aprovechamiento.	1. Actualizar el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos –PGIRS- y el Plan Maestro de Residuos Sólidos –PMIRS-; 2. Elaborar el Reglamento Técnico Operativo y el Comercial Financiero del Servicio Público de Aprovechamiento; y 3. Implementar el Acuerdo del Concejo de Bogotá que crea el comparendo ambiental para los usuarios del servicio de ase que no presenten los residuos de manera separada.
Objetivo n.° 4. Brindar el acompañamiento requerido por la población recicladora en materia de inclusión social en el marco de la institucionalidad Distrital.	Este objetivo pretende promover la vinculación de la población recicladora en la Oferta Social y/o de educación formal de preescolar, básica y media del Distrito y/o Nación, como parte de la implementación de acciones afirmativas.

[313] Conforme a la declaración de la doctora NELLY MOGOLLÓN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación. Así mismo, conforme al informe de fecha 27 de agosto de 2013, suscrito por la doctora MOGOLLÓN y enviado la Corte Constitucional. Este documento fue entregado por la declarante y reposa en los folios 1711 a 1716 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.
[314] Conforme al documento que reposa en los folios 1711 a 1716 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

En tal forma, si se revisa con atención cada uno de los objetivos y las estrategias para desarrollarlos, se llegará a la conclusión de que para su cumplimiento no existe alguna relación que explique el porqué todo el manejo y la responsabilidad de la prestación del servicio debía pasar a la EAAB o a la empresa Aguas de Bogotá, como se concibió en el Decreto 564 de 2012, imponiéndose una serie de restricciones y limitaciones para que cualquier operador pudiera prestar el servicio en condiciones normales. Ni siquiera en el informe suscrito por la entonces directora de la UAESP se menciona alguna de las entidades que a la fecha funciona como operador público, en este caso la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá, que relacione su rol con el cumplimiento del plan de inclusión. Por el contario, la mayoría de las estrategias que se enuncian en dicho informe coinciden con muchas de las acciones afirmativas que informó y explicó en forma suficiente el doctor SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, acciones que por supuesto funcionan sin ningún inconveniente en el régimen de libertad de empresa.

Ahora bien, repárese con mucha atención en que el objetivo n.° 2, consistente en el desarrollo del marco regulatorio para garantizar la reorganización del servicio público de aseo orientado al aprovechamiento, es una finalidad que hasta ahora está por cumplirse, en la medida en que en el mes de julio de 2013 se hizo el proyecto de Resolución para remunerar en forma suficiente a la población recicladora, sin perjuicio de que antes de la entrada del nuevo modelo se podía reconocer parte de esta actividad como lo explicó el testigo ÓSCAR PARDO GIBSON. Con todo es posible que ese marco regulatorio tenga aplicación hasta el año 2014.

Así las cosas, una vez se han observado en detalle los objetivos y estrategias para darle cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional en favor de la población recicladora y teniendo en cuenta que hasta hace poco el avance fue del 42 %, la conclusión ineludible es que las restricciones o las limitaciones impuestas en el Decreto 564 de 2012 no explican el porqué algunos de los objetivos o de dichas estrategias no se podían cumplir por el hecho de que el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá se continuara prestando en el régimen que venía operando desde el mes de septiembre de 2011; o, dicho de otro modo, no se entiende la razón por la cual la única forma de cumplir dichas metas era asignándole todo el manejo y la responsabilidad a un operador público, sin que otra empresa pudiera prestar el servicio en alguna de las dos únicas modalidades autorizadas por el ordenamiento jurídico: Áreas de Servicio de Exclusivo o en el régimen de libertad de empresa.

En segundo lugar, el señor defensor sostuvo, a partir de lo declarado por MARÍA MERCEDES MALDONADO, NELLY MOGOLLÓN y JORGE PINO RICCI, que el Decreto 564 de 2012 en ninguno de sus artículos prohibió el

ingreso a algún otro operador, sea público o privado, para la prestación del servicio de aseo en Bogotá.

Sin embargo, la Sala discrepa de la opinión de estos testigos, pues a partir de lo consignado en los artículos 6, 8 y 9 sí se impusieron una serie de limitaciones y condicionamientos para que cualquier operador pudiera prestar el servicio de aseo, en la medida en que la responsabilidad pasó a la EAAB, sin que existiera Áreas de Servicio Exclusivo.

Para ello, analicemos cada uno de los artículos del Decreto 564 de 2012 que se mencionan:

a. **«Artículo 6 del Decreto 564 de 2012. Cumplimiento de la Supervisión, coordinación y control del servicio de aseo.** De conformidad con el artículo 116 del Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006, **para que una persona de naturaleza pública o privada pueda prestar en la ciudad de Bogotá Distrito Capital el servicio público de aseo, deberá acreditar** ante la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP los requisitos exigidos en la ley **y suscribir con dicha Unidad, o con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P – EAAB un contrato** en el cual se especifique el alcance de sus obligaciones y, particularmente, la forma cómo se cumplirán las actividades de supervisión, coordinación y control del servicio a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP.

   PARÁGRAFO. Para la organización del servicio, en los convenios o contratos a los que hace referencia este artículo, **podrá aplicarse la delimitación de las zonas en las que actualmente se desarrolla la operación, hasta la fecha en que se celebren nuevos contratos de concesión para las áreas de servicio exclusivo** que sean propuestas por la UAESP y verificadas por la CRA, en los términos de la ley.»

   (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Para la Sala, en este artículo se materializó, en buena parte, la restricción al principio de libertad de empresa que regía para el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, por cuanto se estableció como condición para poder prestar el servicio un contrato con la UAESP o la EAAB. Sin embargo, si se revisa el artículo 22 de la Ley 142 de 1994 —sin perjuicio de ciertos requisitos contenidos en los artículos 25 y 26 de la misma ley que no son aplicables al presente caso—, es claro que las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social.

Además, en el parágrafo del artículo 6 se estableció que podría aplicarse la delimitación de las zonas para prestar el servicio hasta tanto se celebraran los contratos de concesión para la implementación de las ASE, por lo cual, esta delimitación implicaría una exclusividad que va en contra de la libre competencia y de la facultad de los usuarios de escoger libremente el prestador de servicio.[315]

b. «Artículo 8 del Decreto 564 de 2012. Empresas de Servicios Públicos del Distrito Capital. Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio de aseo, en los términos establecidos por la Ley, la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito **a través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP para el efecto.**

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP expedirá los actos, celebrará los contratos y realizará las operaciones que se requieran, todo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 y con estricta sujeción a las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos 275 de 2011, 268 de 2012 y 084 de 2012.»

(Negrillas y subrayado fuera de texto)

En este artículo se conecta la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, entre la UAESP y la EAAB, con la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá para limitar de manera clara el principio de libertad de empresa para la prestación del servicio público de aseo. Efectivamente y muy a pesar de que en el primer inciso se utilizó la construcción gramatical «la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a través de convenios o contratos que celebre la UAESP» —dando a entender que **cualquier entidad del Distrito** podía prestar el servicio de aseo—, lo cierto es que en el inciso segundo se dio por sentado que esa empresa del Distrito era la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB). De esa manera, lo que hizo esta norma del Decreto fue ratificar lo que se había pactado en el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, solo que esta vez con la «exclusividad» requerida para impedir que otras empresas privadas pudieran prestar libremente el servicio. Así, esta «exclusividad» está ratificada en que este segundo inciso determinó que era la EAAB, y no otra entidad o empresa, la que expediría los actos, celebraría los contratos y realizaría las operaciones que se requirieran, supuestamente en atención a la Ley 142 de 1994 y a las órdenes dadas por la Corte Constitucional.

[315] Confróntese con los artículos 9 y 10 de la Ley 142 de 1994.

c. «Artículo 9 del Decreto 564 de 2012. Acceso al Relleno Sanitario. El acceso y disposición de residuos en el Relleno Sanitario Doña Juana, propiedad del Distrito Capital, **queda condicionado a la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo** en la actividad complementaria de disposición final, **con el operador contratado para el efecto, previa autorización de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP,** en los términos previstos en el Decreto Nacional 838 de 2005.

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP proferirá los actos administrativos necesarios para que, **a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se venzan los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se reciban residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP,** con el fin de preservar la salubridad pública y asegurar el manejo técnico del relleno sanitario, así como el derecho de la población recicladora a recolectar el material aprovechable.»

(Negrillas y subrayado fuera de texto)

Esta es otra norma que guarda absoluta coherencia para confirmar la restricción del principio de libertad de empresa que se propuso el señor alcalde mayor de Bogotá. Aquí vale la pena recordar las solicitudes que habían sido efectuadas por los operadores privados para poder ingresar al relleno sanitario de Doña Juana. En tal forma, según este artículo del Decreto bajo examen, a partir del 18 de diciembre de 2012, se necesitaría «la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, con el operador contratado para el efecto», que en el presente caso sería la EAAB, y además la autorización previa de la UAESP. Adicionalmente, en el segundo inciso se dejó señalado que la UAESP «proferirá los actos administrativos necesarios para que, a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se vencieran los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se recibieran residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas» por la UAESP.

Así las cosas, es claro que los condicionamientos contenidos en los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012 excedieron los requisitos plasmados en los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, violándose así la libertad de empresa.

Es por lo anterior que el testigo TULIO EDUARDO SARMIENTO, refiriéndose sobre el Decreto 564 de 2012, dijo lo siguiente:

> Cualquier persona que se siente y coja ese Decreto, y mire las normas que regulan la prestación del servicio de aseo en todo el país, se podría dar cuenta que es antijurídico y resultó antieconómico para el Distrito (…) El día que se tenía que finalizar la operación a las 5.00 de la mañana o las 6 nos tocó anticiparla porque si tuviéramos un carro afuera después de las 12 de la noche, **el Distrito no lo decomisaba, no lo quitaba,** o como lo quieran llamar, porque eso no tiene otra palabra diferente, sino es esa; y **podemos encontrar que a través de ese Decreto se nos prohibió a nosotros prestar el servicio.** Y lo que sale a vender el Distrito es que nosotros nos negamos y saboteamos al Distrito.[316]
>
> (…)
>
> Nosotros siempre estuvimos pidiéndole a la Alcaldía que revocara el Decreto; que se diera cuenta del absurdo jurídico en el que estaba, ya que con ello se afectaban intereses de quienes querían prestar el servicio.[317]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Esta versión del testigo es creíble en la medida en que el artículo 9 del Decreto 564 de 2012 condicionó el acceso al relleno sanitario a la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público, previa autorización de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP. Así mismo, dicha norma fue la que estableció que a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se vencieran los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se recibirían residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP.

Igualmente, este mismo testigo explicó más adelante que «antes de expedirse el Decreto 564 de 2012 la situación era que se acababan los contratos de concesión y entraban todos en libre competencia. Que si ese Decreto 564 de 2012 no se hubiera expedido no se habría presentado la prohibición de prestar el servicio por parte de los privados, quienes tenían el objetivo de seguir prestando el servicio en libre competencia». De manera concreta, que «en una sana lógica, antes del Decreto 564 de 2012, eso eran lo que los operadores privados esperaban, por cuanto la ley protegía tanto a los usuarios como a los prestadores del servicio».[318]

---

[316] Conforme a los minutos 41 y siguientes del primer video de la declaración de TULIO EDUARDO SARMIENTO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[317] Ibídem. Minuto 43.
[318] Ibídem. Minutos 1.16.

Vale decir, entonces, que lo anterior resultó coherente con algunas noticias de medios de comunicación. Por ejemplo, existe un registro concerniente a que «Hasta con Policía, Petro impedirá el servicio de aseo de empresas privadas», lo cual fue publicado el día 13 de noviembre de 2012 en el diario *El Tiempo,* [319] cuya noticia recogió las declaraciones dadas por el señor acalde mayor de Bogotá en una entrevista ampliamente conocida, en las que el burgomaestre distrital hizo referencia a que a partir del 18 de diciembre de 2012 el único autorizado a prestar el servicio de aseo en la ciudad era la EAAB. En tal sentido, es cierto que los registros noticiosos por sí solos no pueden ser prueba de determinado hecho, conforme lo señala alguna jurisprudencia traída a colación por la defensa, pero también lo es que a partir de esos mismos pronunciamientos dichas informaciones sí pueden ser un «elemento de análisis adicional», [320] tal y como ocurre en el presente caso.

Sobre los anuncios del señor alcalde mayor registrados en las noticias y que fueron ampliamente conocidos, el señor TULIO EDUARDO SARMIENTO le respondió a la defensa lo siguiente:

> Yo no soy testigo de oídas, todas esas afirmaciones del alcalde son reales y fueron registradas en diferentes documentos, conocido todo ello por la opinión pública.[321]
>
> (…)
>
> El que hace las declaraciones, como responsable de la operación del aseo, el que se atribuye los triunfos, logros y ganancias es el señor alcalde. Entonces no podemos desconocer que el señor alcalde no tiene nada que ver con este tema.[322]

Y más adelante, retomándose el tema de las limitaciones y restricciones del Decreto 564 de 2012, el testigo dijo lo siguiente:

> **Antes del Decreto 564, todos andábamos amparados no solo en la buena fe, sino en la confianza legítima** de unos actos administrativos particulares y concretos expedidos **para la prestación del servicio de**

[319] Diario El Tiempo. Noticia del 13 de noviembre de 2012. Ver folios 25 y 26 del anexo n.° 28 de la actuación.
[320] Conforme a la sentencia del 18 de julio de 2012, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ, citada por señor defensor.
[321] Conforme a los minutos 1.30 y siguientes del primer video de la declaración de TULIO EDUARDO SARMIENTO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[322] Ibídem. Minuto 1 y siguientes del segundo video de la declaración.

> **aseo** en Bogotá. **Pero después del Decreto 564 quedamos en un limbo jurídico donde la norma no cabe dentro de la lógica jurídica que el país había traído 20 años atrás.** Porque diferente es que la Comisión de Regulación cambie las metodologías tarifarias; que el Distrito y la Superintendencia cambie lineamientos (…) **Acá fue un cambio totalmente significativo y desconocedor de lo que significa un modelo de servicio de aseo.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, de manera muy similar, debe tenerse en cuenta que ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO relató que «cuando el alcalde anunció en el mes de agosto de 2012 que iba a crear una empresa de servicios públicos, él, como representante legal de LIME, decidió comprar una flota nueva para poder competir».[323] Sin embargo, más adelante añadió de manera puntual lo siguiente:

> **El alcalde después cambia de idea; cambia de idea y dice: no, esto no es libre competencia, el servicio lo hago todo yo:** una empresa de servicios públicos. Esa fue la realidad (…) a partir del 17 de diciembre 18 de diciembre, yo tenía flota nueva; fui llamado de nuevo a prestar el servicio; discutimos mucho las condiciones de cómo debíamos interrelacionarlos contractualmente, porque no queríamos caer en una situación de ilegalidad, a pesar de que no estamos tan bien como yo quisiera (…) **nosotros perdimos todos los usuarios, porque los usuarios son de quien está prestando el servicio. Cuando yo pierdo la condición de prestador, que no es el caso de Ciudad Limpia, pierdo mis usuarios.** Yo ahora le hago el servicio a alguien, que es la UAESP. Peleé mucho para que fuera la UAESP y no el acueducto el que me contratara. Y bueno, estoy prestando el servicio que presto en una de las dos zonas que tenía antes.[324]

En consecuencia y contrario a lo sostenido por el señor defensor, sí hay sobrados elementos de juicio para afirmar que los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012, proferido por el señor alcalde mayor de Bogotá, impusieron una serie de limitaciones sin que mediaran Áreas de Servicio Exclusivo, única posibilidad conforme al ordenamiento jurídico de que se restringiera el principio de libertad de empresa. Esta conclusión es tan cierta que ella concuerda con otra serie de argumentos expuestos por los mismos sujetos procesales, pues en varios apartados han defendido la tesis de que el régimen de la libre

[323] Conforme a los minutos 30 y siguientes del primer video de la declaración de ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[324] Ibídem. Minuto 33.

competencia no podía aplicarse por una serie de razones que apuntaron a justificar la nueva implementación del esquema para la prestación del servicio de aseo. Así las cosas, esas mismas razones sumadas a las pruebas documentales y testimoniales obrantes en la actuación son las que permiten concluir que sí se impusieron restricciones, en la medida en que todo el manejo y responsabilidad pasó en manos de las entidades del Distrito. En tal caso, otro asunto completamente distinto es que la justificación de ese modelo ilegal tampoco se encuentra acreditada, por cuanto el aspecto central de dicho discurso ha sido el cumplimiento del plan de la inclusión de la población recicladora, pero, conforme a los análisis que se han venido efectuando, se tiene claro que la ejecución de las acciones afirmativas en favor de la población que se dedica a la actividad de reciclaje sí es posible independientemente del modelo que se adopte, incluso en un régimen «puro» de libre competencia como lo acreditó en forma suficiente el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS.

En tercer lugar y derivado de lo anterior, es cierto que una entidad pública puede prestar cualquier servicio público domiciliario, entre los cuales se encuentra el aseo, pero ello bajo la condición de que cumplan unos requisitos mínimos y que, en todo caso, se respete la posibilidad de cualquier otra empresa, pública o privada, pueda ser prestador del servicio.

Sobre el primer aspecto, recuérdese que SAMUEL PRADA COBOS explicó que «una empresa de acueducto y alcantarillado podía prestar el servicio de aseo, siempre y cuando así lo permitieran sus estatutos y **se cumplieran los requisitos normativos para prestar este servicio**».[325] Y en cuanto a la segunda condición, de manera contundente dijo lo siguiente:

> En una ciudad en que haya **libre competencia y en donde llegue cualquier empresa y llene requisitos no es opción aceptarla o no aceptarla. Tiene que garantizarse la entrada de la empresa** (…) De hecho, la Superintendencia de Servicios Públicos es **excesivamente celosa en las garantías de la competencia leal en estos temas,** hasta en el más mínimo detalle (…) Si las ciudades tienen un modelo de libre de competencia están sometidas al modelo (…).[326]

Por estas mismas razones es que el testigo, frente las preguntas de la defensa, afirmó que «cuando a un operador privado que estaba en un modelo de libre competencia se le «sacaba» de ese modelo y no había justificación legal para

[325] Confróntese con los minutos 56 y siguientes de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

[326] Ibídem. Minutos 52 y siguientes.

ello, se le tenía que indemnizar, ya que los costos del servicio eran muy altos y los riesgos eran muy complejos, siendo considerable la inversión que ellos hacían».[327]

Ahora bien, es cierto que después de la crisis ocurrida durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 algunos operadores han venido «prestando» el servicio de aseo, pero dicha situación obedeció a la incapacidad del nuevo operador público. Con todo, lo determinante es que esos operadores privados ya no son «prestadores» del servicio, sino simples subcontratistas del Distrito, en los porcentajes y condiciones que determine la administración y hasta el tiempo en que esta decida, bajo el entendido de que la idea primigenia fue que las entidades públicas prestarían el servicio en el cien por ciento de la ciudad mientras se adjudicaban otras Áreas de Servicio Exclusivo.

La anterior afirmación se encuentra soportada en el informe suscrito por la entonces directora de la UAESP,[328] en donde el porcentaje de prestación del servicio de operador público comenzó con un 52.62 % de la ciudad, mientras que posteriormente dicho porcentaje se incrementó al 63.15 %. Es decir, si entre el 18 de diciembre de 2012 a la fecha de la presente decisión algún operador privado se encuentra prestando el servicio de aseo, ello se debe exclusivamente a la falta de capacidad de las entidades públicas, más no al respeto del principio de la libertad de empresa en donde cualquier empresa pública o privada podía ser prestador sin ninguna limitación o condicionamiento, situaciones que únicamente son posibles por la vía de las Áreas de Servicio Exclusivo. Una muestra de que dicha circunstancia es cierta es que la empresa privada ATESA S. A. fue subcontratista de la UAESP hasta el 22 de abril de 2013, porcentaje a partir del cual asumió el operador público. La fecha coincide con la época en la que al operador público le estaban llegando los nuevos equipos adquiridos para poder prestar el servicio de aseo. En otras palabras y de una manera gráfica se puede apreciar lo siguiente: en la medida en que el operador público tenga más capacidad y experiencia —algo que evidentemente no tenían para el 18 de diciembre de 2012, incluso, durante los primeros meses el año 2013—, mayor posibilidad tendrá de que pueda asumir la prestación del servicio en los porcentajes que venían siendo operados por empresas privadas, pero con el ineludible resultado de que estos no podrán prestar más el servicio de aseo —como ocurrió con ATESA o como puede llegar a suceder con otra empresa que quiera prestar el servicio—, limitación que es la consecuencia del nuevo modelo impuesto por el señor alcalde, más no de la puesta en funcionamiento de las Áreas de Servicio Exclusivo como legalmente debería serlo.

---

[327] Ibídem. Minutos 1.11 y siguientes.
[328] Conforme a los folios 1440 a 1442 del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

La anterior explicación concuerda con lo informado por el señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, al decir que con el nuevo modelo implementado por el señor alcalde mayor «la única posibilidad de participar era como subcontratistas: Nosotros, incluso, no negociamos; se nos impuso —"no en términos de ser obligados"—, pero sí en el sentido de la confección de las condiciones».[329] En el mismo sentido y explicando las zonas que quedaron después de que el Distrito volvió a contratar operadores privados, refirió que «en ellas estarían hasta que el operador público asumiera la prestación del servicio».[330] Así mismo, en cuanto a la empresa ATESA, dijo que este operador prestó el servicio en una zona con un término de cuatro meses, mientras llegaba el nuevo operador, lo cual sucedía en este momento.

Por lo tanto, sí es cierto que el Decreto 564 de 2012 impidió la prestación del servicio de aseo en las condiciones habilitadas por el ordenamiento jurídico, pues al no haber Áreas de Servicio Exclusivo se establecieron una serie de requisitos y condicionamientos que imposibilitan a que cualquier operador, diferente al público, pueda acceder a la prestación del servicio, ya que todo el manejo y la responsabilidad pasó a cargo de las entidades públicas, en virtud de lo establecido en el Decreto 564 de 2012, expedido por el señor alcalde mayor de Bogotá.

En cuarto lugar, la Sala no desconoce que el programa Basura Cero haya tenido como finalidad buscar proteger el medio ambiente a través de la recolección responsable de basuras con reciclaje en la fuente. Pero esta circunstancia, concebida mucho antes de la adopción del nuevo modelo, no autorizaba al señor alcalde mayor a que implementara un esquema de prestación de servicio no contemplado en la ley, distinto al que venía rigiendo en la ciudad de Bogotá durante muchos años, con lo cual se impusieron una serie de restricciones al principio de la libertad de empresa. Y esta conclusión es inobjetable, en la medida en que la supuesta justificación de dicha decisión se encuentra desvirtuada, pues se repite una vez más que el cumplimiento de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora no dependían de que necesariamente se estableciera limitaciones al principio de libertad de empresa, pasando la responsabilidad y el manejo de la prestación del servicio a las entidades del Distrito, sin que mediaran las Áreas de Servicio Exclusivo.

De ese modo, en varios apartados de esta decisión se han explicado las razones por las cuales ni los objetivos ni las estrategias del plan de inclusión en favor de la población recicladora tenían que ver con que la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá asumieran la prestación del servicio de aseo, ya que aun sin la existencia de dichas entidades las aludidas acciones afirmativas tenían que

[329] Confróntese con los minutos 53 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[330] Ibídem. Minutos 1.00 y siguientes.

cumplirse. Incluso, también se ha demostrado que la actividad del reciclaje y las acciones afirmativas en favor de las personas que se dedican a esta labor se pueden cumplir en un régimen de libre competencia como lo explicó el testigo SAMUEL PRADA COBOS.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora no es un asunto que solo le compete a la ciudad de Bogotá sino al resto de ciudades del país. En tal sentido, si lo que dijera el señor abogado defensor fuera cierto, tendría que concluirse que los planes de inclusión a favor de la población recicladora solo podrían cumplirse en las ciudades de Medellín, Bucaramanga y Bogotá, ya que la prestación del servicio, en las demás ciudades del país, está en manos de operadores privados, tal y como lo refirió el consultor experto con más de veinte años en el servicio público de aseo urbano DARÍO ARTURO BELTRÁN.[331]

En quinto lugar, es cierto que el esquema implementado por el Decreto 564 de 2012 se adoptó como «transitorio» y que se requería de un nuevo proceso licitatorio, previa la verificación de los motivos para incluir dichas áreas, lo cual estaba a cargo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), gestión a cargo de la UAESP. No obstante, debe destacarse que en dicha situación estuvo la ciudad de Bogotá desde el mes de septiembre del año 2011, por lo que si la decisión era seguir con las Áreas de Servicio Exclusivo lo procedente era continuar con el régimen de libertad de empresa que rigió desde esa época, muy a pesar de la suscripción de contratos con algunos operadores privados, los cuales no podían implicar exclusividad.

En tal sentido, no había necesidad de que el señor alcalde mayor de Bogotá profiriera un decreto adoptando un esquema no contemplado en la ley e imponiéndose una serie de restricciones o limitaciones para aquellos operadores, distintos al público, que quisieran prestar el servicio de aseo. En consecuencia, la demora y los múltiples trámites en la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo no explican las razones por las cuales se adoptó un esquema no autorizado por el ordenamiento jurídico. Si esta afirmación no fuera cierta, habría que irremediablemente concluir que un esquema transitorio como el fijado por el señor alcalde mayor de Bogotá debió regir desde el mismo mes de septiembre de 2011, cuya decisión tendría que haberla tomado la anterior administración, posibilidad que para la Sala es incorrecta, pues las restricciones al principio de libertad de empresa no solo se hubiesen mantenido por casi doce meses, sino por más de dos años.

Ahora bien, el señor defensor destacó que la UAESP en el mes de mayo de 2013 le informó a la CRA que era necesario replantear el estudio de factibilidad,

[331] Confróntese con los minutos 46 y siguientes de la declaración del señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.

una vez se contara con la nueva metodología tarifaria que, según la CRA, estaría aprobada en octubre de 2013. Así mismo, que la Resolución CRA 643 del 24 de junio de 2013 contenía un proyecto de regulación tarifaria, en donde se incluía el reconocimiento de forma suficiente para la población dedicada al reciclaje. Así las cosas, estas dos circunstancias, entre muchas otras, son las que permiten concluir que el esquema adoptado mediante el Decreto 564 de 2012 en manera alguna tiene una relación directa con algunas de las acciones afirmativas ordenadas por la Corte, pues dicho decreto se expidió el 10 de diciembre de 2012, mientras que hasta hace poco, en el año 2013, se empezaron hacer los respectivos ajustes para aplicar el marco regulatorio adecuado, el cual puede, incluso, entrar a regir hasta el año 2014, como lo explicó el ingeniero ÓSCAR PARDO GIBSON. Entonces, la Sala no evidencia cuál relación puede haber entre el modelo adoptado por el señor alcalde mayor de Bogotá en el mes de diciembre de 2012 con los ajustes que hasta ahora se están haciendo en el año 2013, y más cuando el marco regulatorio no depende de lo que haga o deje de hacer un operador público como la EAAB o Aguas de Bogotá, sino de las Resoluciones expedidas por la CRA que tienen que cumplirse independientemente de quién sea el prestador directo del servicio público de aseo.

En sexto lugar y en cuanto a las sentencias de 20 de marzo de 2013[332] y de 30 de abril de 2013,[333] proferidas por el Juzgado Tercero Administrativo y Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, en las que se negó la suspensión provisional del Decreto 564 de 2012, la Sala debe insistir en que la jurisdicción contenciosa administrativa tiene unos propósitos y unas características bien diferentes, pues esta tiene la particularidad de que es una justicia rogada.

De tal forma, es apenas razonable que la demostración de la responsabilidad disciplinaria que tiene como soporte la expedición de un acto administrativo no depende de que esa jurisdicción no haya aceptado la medida de suspensión provisional; incluso, puede suceder que al final de dicho proceso judicial, por múltiples factores, se mantenga la presunción de legalidad en virtud de la negativa de las pretensiones de la respectiva demanda, pero ello es un asunto totalmente diferente a la infracción del deber funcional del servidor público investigado.

Pensar en lo contrario sería admitir una prejudicialidad como lo han venido exponiendo los sujetos procesales, lo cual devendría en la intromisión de competencias de distintas autoridades y, además, que la conducta disciplinaria

---

[332] Del proceso de nulidad contra el Decreto 564 de 2012, con el radicado 11001333400320120013100 del Juzgado Tercero Administrativo, conforme a la cita efectuada por el señor defensor.

[333] Conforme a la cita efectuada por el señor defensor en la página 148 del escrito de alegatos de conclusión.

pudiera quedar en un altísimo riesgo de impunidad, pues la experiencia ha enseñado que en la mayoría de los casos es más demorado la tramitación de un proceso contencioso administrativo que el transcurso del término prescriptivo contemplado para la acción disciplinaria. En tal forma, el análisis de la procedencia o no de la suspensión provisional pertenece a la lógica de esa jurisdicción, en donde la decisión está estrechamente vinculada con las pretensiones de los respectivos demandantes. En todo caso, no es cierto que la Procuraduría haya sido la única entidad que advirtió las posibles afectaciones del principio de libertad de empresa, pues, desde el momento en que se conoció que el Distrito asumiría la prestación del servicio de aseo, varias entidades volcaron sus esfuerzos para así advertírselo al señor alcalde mayor de Bogotá, situación que está corroborada en las múltiples comunicaciones dirigidas al disciplinado y a otros funcionarios directivos, entre las que se destacan muy especialmente las elaboradas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En ese orden de ideas, para la Sala no pueden ser de recibo ni las opiniones del doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA, ni las conclusiones de un consultor que contrató el mismo Distrito, en cuyo concepto concluyó que el Decreto 564 de 2012 era legal. Por el contrario, lo que se debe observar es que en los artículos 6, 8 y 9 de dicho decreto se impusieron unas restricciones al principio de libertad de empresa, que el manejo de la prestación del servicio pasó a manos de un operador público y que a partir del 18 de diciembre de 2012 ningún operador, excepto el público, podía seguir prestando el servicio en la manera que lo venían haciendo.

En tal sentido, la anterior conclusión es la que concuerda con los varios anuncios del señor alcalde mayor de Bogotá y otros funcionarios del Distrito, con lo que registraron los medios de comunicación, con lo que entendieron los representantes legales de las empresas privadas y con los hechos que están acreditados en el proceso, en donde está demostrado que a mayor capacidad del operador público este terminará prestando el servicio de aseo en todo el cien por ciento de la ciudad, gracias a los condicionamientos del Decreto 564 de 2012 y en la medida en que no se implementen las Áreas de Servicio Exclusivo.

Así, todas estas consideraciones guardan absoluta coherencia con las quejas recibidas en la Superintendencia de Industria y Comercio por las restricciones al principio de libertad de empresa. Por ello es que TULIO EDUARDO SARMIENTO, representante legal de ASEO CAPITAL, afirmó, respecto del Decreto 564 de 2012, que «la administración distrital había dictado disposiciones que cambiaron el escenario legal de un día para otro, en donde

se prohibieron una serie de cosas».[334] Sobre este punto, similares respuestas ofreció ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, quien explicó que «antes del Decreto 564 de 2012 podían prestar el servicio, pero que una vez expedido dicho Decreto, del cual presumía su validez, ya no lo podían hacer».[335] Así mismo, este testigo agregó que la empresa LIME fue uno de los operadores privados que había interpuesto queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio, «por la disconformidad de no haberse permitido actuar en libre competencia, no habiendo licitación; que bajo el entendido de haberse violentado un ordenamiento acudieron ante la autoridad respectiva a interponer la denuncia».[336]

En séptimo y último lugar y contrario a lo señalado por el señor defensor, sí existen pruebas que demuestran el dolo de la segunda falta disciplinaria atribuida al investigado. Al respecto, no es cierto que la imputación haya consistido en el «desconocimiento y violación de las instrucciones o recomendaciones de la misma Procuraduría», pues ellas simplemente hicieron parte de unas recomendaciones muy respetuosas, derivadas del ejercicio de la función preventiva que por mandato constitucional y legal está a cargo del organismo de control.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que las diferentes advertencias que hizo esta entidad tengan que pasar inadvertidas, pues fueron varias las oportunidades en las que al señor alcalde mayor de Bogotá y a sus inmediatos funcionarios se le brindaron suficientes elementos de juicio para prevenir las diferentes consecuencias que podrían generarse por las decisiones del disciplinado.

Uno de los argumentos centrales del señor defensor en esta parte de su escrito es que «de la lectura de las instrucciones preventivas supuestamente desconocidas no aparecía ninguna instrucción preventiva dirigida específicamente al ahora disciplinado referente a las materias del Decreto 564 de 2012». No obstante, además de lo obvio que resulta que dichas recomendaciones no pudieron estar dirigidas al Decreto 564 de 2012, por cuanto este decreto se expidió en forma posterior a la elaboración de dichas advertencias, lo cierto es que ellas se soportaron en los mismos anuncios que la administración distrital hizo, en cuanto tenía la idea de constituir un operador público que asumiría la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá. En manera alguna, dichas advertencias se originaron por la iniciativa de la Procuraduría en dar determinadas «instrucciones» o por un deseo de actuar

---

[334] Confróntese con los minutos 15 y siguientes del primer video de la declaración del señor TULIO EDUARDO SARMIENTO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación. Igualmente, en los minutos 1.07 y siguientes.
[335] Confróntese con los minutos 45 y siguientes del primer video de la declaración del señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[336] Ibídem. Minutos 1.12 y siguientes.

como un «cogobierno» para incidir o fijar determinada política que tuviera que ser cumplida por las entidades del Distrito, con lo cual se tiene otra diferencia entre «coadministrar» y simplemente efectuar una función de recomendación y advertencia.

Por el contrario, las decisiones que se anunciaron por parte del señor alcalde mayor y su funcionarios fueron las que dieron lugar a las recomendaciones que hizo esta entidad, porque desde su óptica era apenas razonable que con dichas determinaciones podía cometerse alguna irregularidad, siendo un deber constitucional y legal hacer las respectivas advertencias para que se revisaran cada una de las decisiones. Por ello, fue que en forma inmediata y en varias oportunidades se alertó a las autoridades distritales, incluido el señor alcalde mayor, porque posiblemente una decisión como esa podría afectar el principio de libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo.

Pero en manera alguna se puede pretender que como se hicieron esas recomendaciones de forma oportuna ahora dichas constancias de esas actuaciones no puedan servir para demostrar que el disciplinado sí tuvo representación sobre las consecuencias que podrían acarrear sus decisiones. Si así no fuera, la Sala se pregunta lo siguiente: ¿de qué otra manera se puede probar el conocimiento y la representación de la ilicitud de la conducta del disciplinado, cuando varias entidades le pusieron de presente al señor alcalde mayor de Bogotá sobrados elementos de juicio para considerar que con la asignación de la prestación del servicio de aseo a un operador público se podía afectar el principio de libertad de empresa?

Sobre este aspecto crucial, el señor defensor llamó la atención únicamente sobre los varios oficios que envió la Procuraduría y las reuniones llevadas a cabo en esta entidad, pero olvidando que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le previno directamente y en muchas oportunidades al señor alcalde mayor de Bogotá la aplicación y el respeto del principio de la libertad de empresa que debía observare en la prestación del servicio público de aseo.

Para demostrar lo anterior, recordemos que mediante el oficio 479123 del 31 de diciembre de 2012, el doctor CÉSAR GONZÁLEZ MUÑOZ, superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, le envió a la Procuraduría Delegada Preventiva un completo informe de todas las advertencias que esa Superintendencia le hizo durante el segundo semestre del año 2012 al señor alcalde mayor de Bogotá y a los demás funcionarios del Distrito sobre la implementación del nuevo esquema del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. Junto con esta comunicación se enviaron las copias de todas las acciones desarrolladas

por dicha Superintendencia y de los oficios mediante los cuales se hicieron esas advertencias.[337]

En dicha comunicación se destacó el oficio n.° 20124210716171 del 17 de septiembre de 2012,[338] mediante el cual al señor alcalde mayor de Bogotá se le recordaron conceptos sobre la normatividad vigente en cuanto a la libre competencia en el servicio público de aseo, el régimen tarifario, el vínculo contractual con los usuarios del servicio de aseo, la inclusión de recicladores y los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Específicamente, en cuanto a los principios de libertad de entrada y libre competencia, el señor superintendente le ilustró al señor alcalde mayor de Bogotá que la prestación del servicio de aseo por parte de una entidad pública **no podía impedir que otros operadores prestaran el servicio, porque la ciudad de Bogotá tenía el régimen de libertad de empresa.** Por la claridad de la explicación, vale la pena transcribir lo que allí se dijo:

> En ese sentido, es jurídicamente viable que el Distrito inicie la prestación del servicio por medio de una empresa pública; **sin embargo, ello no garantiza que otros operadores no entren a prestar el servicio en el mismo territorio, porque en todo caso se mantiene el régimen de libertad de competencia.** Dicho régimen **es aplicable sin excepción,** aún a pesar de la existencia de contratos suscritos entre el Distrito y los operadores. Estos contratos no pueden ofrecer exclusividad alguna.
>
> **La única opción de exclusividad es la establecida en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994,** que implica un proceso licitatorio previo a una verificación de motivos por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA- **para la inclusión de áreas de servicio exclusivo** en los contratos y bajo la justificación de un incremento en la cobertura del servicio a los usuarios de menos ingresos.
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así mismo, mediante el oficio n.° 20124300810901 del 25 de octubre de 2012,[339] el señor superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios le solicitó, como medida preventiva, al señor alcalde mayor de Bogotá que informara cómo

---

[337] Confróntese con el oficio 479123 del 31 de diciembre de 2012, visible en los folios 542 a 548 del anexo n.° 14 de la actuación. Todos los anexos de este oficio, que fueron un total de 541 folios, corresponden con los folios 1 a 541 del mismo anexo 14 de la actuación. Estas pruebas fueron incorporadas mediante el auto de 20 de febrero de 2013, visible en el folio 130 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.
[338] Visible en los folios 497 a 507 del anexo n.° 14 de la actuación.
[339] Visible en los folios 517 y 518 del anexo n.° 14 de la actuación.

se iba a garantizar la continuidad y la calidad del servicio de aseo en el Distrito Capital. Con todo, en dicho oficio nuevamente le dijo lo siguiente:

> De otra parte, dado que el régimen que actualmente rige en el Distrito Capital para la prestación del servicio de aseo es **el de libre competencia, es necesario considerar que cualquier empresa de servicios públicos puede entrar en el mercado sin necesidad de autorización previa alguna.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

Igualmente, dicha entidad le envió al señor alcalde mayor de Bogotá el oficio n.° 20124300871211 del 19 de noviembre de 2012, en donde una vez más se le hicieron observaciones sobre la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. [340] En esta comunicación se le dijo al mandatario distrital, entre otras cosas, que cualquier empresa tenía el libre acceso al relleno sanitario de Doña Juana y que la facturación conjunta del servicio público domiciliario de aseo era una herramienta necesaria para la sostenibilidad de este servicio. Adicionalmente, en cuanto al régimen de libertad de empresa, puntualmente se le dijo lo siguiente:

> Para el caso particular de la prestación del servicio de aseo en el Distrito Capital se tienen los siguientes aspectos a considerar:
>
> - En virtud de la licitación 001 de 2002, el Distrito asignó seis Áreas de Servicio Exclusivo en la ciudad a distintos prestadores como concesionarios.
>
> El 15 de septiembre de 2011 terminó el plazo establecido para las Áreas de Servicio Exclusivo, así como para los contratos de concesión vigentes para dichas áreas, sin que se hubiera podido realizar una nueva licitación y, por consiguiente, sin que se hubieran asignado nuevamente Áreas de Servicio Exclusivo.
>
> - A partir del 16 de septiembre de 2011 y hasta el 17 de diciembre de 2012, el Distrito, amparado en declaratorias de emergencia, ha entregado la concesión del servicio a los antiguos concesionarios, en las mismas áreas que atendieron en la concesión original, pero sin pactar cláusulas de exclusividad.

[340] Ver página n.° 2 del oficio 479123 del 31 de diciembre de 2012, suscrito por el doctor CÉSAR GONZÁLEZ MUÑOZ, superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. Confróntese con el folio 543 del anexo n.° 14 de la actuación.

- El 18 de diciembre de 2012 terminan los contratos de concesión anteriormente referidos, a menos que las partes acuerden la extensión de su término de vigencia.

En virtud de lo expuesto **se tiene que en Bogotá hubo una transición de un esquema de Áreas de Servicio Exclusivo a un esquema de libertad de competencia.** Ello es así, **a pesar de la existencia de los contratos de concesión posteriores a al 15 de septiembre de 2011** (que no contienen cláusula de exclusividad); por tanto, **desde el mismo 16 de septiembre de 2011, los usuarios se encuentran en libertad de escoger el prestador disponible.**

(Negrillas fuera de texto).

De esa manera, si aplicáramos la lógica y la tesis del señor abogado defensor, tendría que concluirse que la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios también «coadministró» o «cogobernó», por cuanto supuestamente dicha entidad también dio «instrucciones de la gestión de gobierno y administración local, basada en la competencia legal de la llamada función de vigilancia», tesis a todas luces incorrecta, por cuanto esta entidad como la misma Procuraduría alertó al señor alcalde mayor sobre las posibles consecuencias de sus decisiones.

En esa misma línea, también tendría que decirse que la Contraloría Distrital también «coadministró» o «cogobernó», por cuanto este organismo de control también le hizo saber al señor alcalde mayor de Bogotá que en la ciudad capital debía regir el principio de libertad de empresa, y que la única limitante eran las Áreas de Servicio Exclusivo autorizadas por el ordenamiento jurídico. Efectivamente, mediante el oficio del 31 de octubre de 2012[341], el señor contralor distrital le dijo al disciplinado GUSTAVO FRANCISCO PETRO lo siguiente:

2. Escenario de la Libre Competencia.

Con la decisión de la administración —refiriéndose el contralor distrital a la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012 entre la UAESP y la EAAB[342]— encuentra este ente de control que si la pretensión responde a lo informado en los medios de comunicación, **deberá tener en cuenta la autorización previa de la CRA, y en caso de no contar con ella, no será viable operar mediante las llamadas áreas de servicio exclusivo,** ya que la aprobación técnica corresponde única y exclusivamente a la mencionada

[341] Confróntese con los folios 120 a 131 del anexo n.° 3 de la actuación.
[342] Conforme a las páginas n.° 4 y 5 del referido oficio. Ver de manera específica los folios 123 y 124 del anexo n.° 3 de la actuación.

> entidad. De donde importa señalar que en tales condiciones **ni la UAESP ni el Acueducto de Bogotá tendrían la competencia para administrar las operaciones de servicio en la ciudad, y mucho menos delimitar zonas de servicio exclusivo, so pena de incurrir en extralimitación de funciones públicas,** conforme a la prohibición contenida en el artículo 121 de la Constitución Política.
>
> (…)
>
> Igualmente, el artículo 9.2 de la Ley 142 de 1994, establece dentro de los derechos a los usuarios *"La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización"* dando la posibilidad de escogencia del operador, por parte del usuario, **en un mercado de libre competencia, salvo la excepción de los usuarios cobijados por un área de servicio exclusivo, por lo que ante la ausencia de zonas de servicio exclusivo (ASE), el régimen aplicable es el de la libre competencia,** el cual implica que la intervención del Distrito se limite como garante del servicio a cubrir la totalidad del territorio, pero no puede entrar a ser un sujeto regulador ni controlador, toda vez que la competencia para este escenario está en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tal y como lo(sic) establecen los artículos 77 y 79 de la Ley 142 de 1994, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 689 de 2001.
>
> (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el señor defensor solo se refirió a las comunicaciones de la Procuraduría, la tesis de la exculpación sería que tres entidades del orden nacional y distrital supuestamente «coadministraron y cogobernaron»: Procuraduría, Superintendencia de Servicios Públicos y Contraloría Distrital. Sin embargo, para la Sala dicho argumento es inaceptable por cuanto lo que hicieron en su momento estas entidades fue únicamente actuar conforme al deber que el ordenamiento jurídico les imponía.

Más bien, la pregunta inevitable que surge es la siguiente: ¿con todas esas múltiples advertencias, originadas en tres entidades del orden nacional y distrital, cómo fue posible que el señor alcalde mayor de Bogotá hubiese expedido el Decreto 564 de 2012 adoptando una serie de limitaciones y requisitos para que otros operadores, excepto el público, no pudieran ser prestadores del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, sin que mediara la implementación de Áreas de Servicio Exclusivo?

La respuesta no es otra que la realización de la falta disciplinaria a título de dolo, pues el disciplinado tuvo conocimiento de los hechos y conciencia de la ilicitud, dirigiendo su voluntad a que el único que podía encargarse del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a partir del 18 de diciembre de 2012 era un

operador público, tal y como lo concibió desde las primeras conversaciones que en la Junta Directiva de la EAAB tuvo con el gerente DIEGO BRAVO, situación que evidenció el testigo CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO. No en vano, muchas explicaciones de los sujetos procesales giraron en torno a que las decisiones del disciplinado tuvieron, entre otros fines, «descartelizar» a un grupo de contratistas, propósito que no guardaba ninguna relación con el respeto del principio de la libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo y en la garantía de la prestación de este servicio en la ciudad de Bogotá como era su deber.

Dicho esto, detengámonos en los restantes cuestionamientos que hizo el señor defensor por cada una de las comunicaciones que envió en su momento la Procuraduría.

En efecto, respecto del oficio n.° 51113 del 27 de marzo de 2012 se dice que este fue dirigido a la UAESP y no al señor alcalde mayor y, además, que esta comunicación no se refirió al contenido del Decreto 564 de 2012, sino a situaciones ajenas al resorte y responsabilidad del disciplinado.

Frente a ello, la Sala discrepa de dicha apreciación, por cuanto el oficio se le envió al director de la UAESP, cuyo cargo depende directamente del señor alcalde mayor de Bogotá. Así mismo, era con este tipo de servidores que el disciplinado se reunía para dar las respectivas instrucciones para que se cumplieran sus decisiones. Prueba de ello es que en los meses de julio o agosto de 2012 al testigo ACERO ARANGO le constó que el señor alcalde mayor de Bogotá le dijo al gerente de la EAAB que se pusiera de acuerdo con el director de la UAESP para que una entidad pública asumiera la prestación del servicio.

Igualmente es obvio que la anterior comunicación no se pudo referir al contenido del Decreto 564 de 2012, porque este fue expedido en el mes de diciembre de 2012, mientras que la advertencia se hizo en el mes de marzo del mismo año. Sin embargo, las recomendaciones que allí se efectuaron sí son del «resorte y responsabilidad del disciplinado», pues el Decreto 564 de 2012, proferido por el acalde, precisamente afectó la libertad de empresa, principio sobre el cual se llamó la atención en forma suficiente:

> La UAESP manifiesta que no es posible acceder de manera favorable a la solicitud presentada por el representante legal de Aquapolis S. A. E. S. P., de acceso al Relleno Sanitario Doña Juana.
>
> Sobre este punto particular, de manera comedida, se recomienda revisar nuevamente la posición jurídica de la UAESP, **teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 333 y 365 de la Constitución Política de**

Colombia, los servicios públicos domiciliarios, por regla general, se prestan en régimen de competencia.

El artículo 22 de la Ley 142 de 1994 desarrolla **el principio de libertad de empresa, comúnmente conocido como libertad de entrada,** previsto en el artículo 10 de la citada ley.

El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha definido la **libertad económica** como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, es una libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía, entre ellos por la regulación económica.

Así mismo, ha sostenido el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido, que se aprecia, por una parte, **en la libertad de empresa, que constituye nada menos que «el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella»**, y de otra, en la **libertad de competencia, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado.**

La doctrina ha definido el principio de **libertad de entrada consistente en permitir que las empresas** debidamente constituidas y organizadas **desarrollen su objeto social sin que sea necesaria la expedición de algún título habilitante por parte de las autoridades administrativas.** Con ello se busca que en el régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios no existan barreras legales o procedimientos administrativos que obstaculicen el ingreso de nuevos operadores al mercado.

(…)

De este modo, según el régimen de funcionamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consagrado en el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, no se requiere permiso para el desarrollo de su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, la concesiones, permisos y licencias referidas en los artículos 25 y 26 ibídem, de acuerdo con la naturaleza de la actividad.

Es decir, **la norma general es que existe libertad para que varias empresas presten servicios públicos, salvo en los casos que por interés social y con el propósito de ampliar la cobertura de los servicios públicos, se entregue a una sola empresa un área de servicio exclusivo,** en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

De tal manera que, **salvo que se trate de contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo,** en los que previamente se hayan

> verificado **los motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo** por parte de la CRA, **ninguna persona requiere autorización o título habilitante de ninguna autoridad para que pueda prestarlo.**
>
> Lo anterior significa que, **hasta tanto no se haya adjudicado las ASE mediante un proceso licitatorio, se debe,** en sentir de esta oficina, **aplicar la regla general de libertad económica.** [343]
>
> (Negrillas fuera de texto).

En cuanto al oficio n.° 132557 del 5 de septiembre de 2012, el señor defensor dijo que se refería a las noticias reportadas en medios de comunicación sobre la creación de un operador público y a la posibilidad de que dicha decisión estuviera en contravía con otras actuaciones relacionadas con la población recicladora, trámite de las ASE y declaraciones de urgencia manifiesta, contenidos que supuestamente no guardaban ninguna relación con las decisiones adoptadas en el Decreto 564 de 2012, por lo que no podían considerarse advertencias sobre una supuesta vulneración a la libre competencia.

Sin embargo, dicha apreciación es equivocada, porque si se revisa el primer párrafo de esta comunicación, fácil será advertir que lo primero que se le mencionó al señor alcalde mayor de Bogotá es que el régimen de libertad de empresa existía desde el año 2011, tras la terminación de los contratos de concesión de áreas de servicio exclusivo.[344] Igualmente, no está por demás rememorar que en los meses de julio y agosto de 2012 al director (E) de la UAESP también se le habían hecho una serie de advertencias relacionadas con la libertad de empresa.[345] Por otro lado, es irrelevante que en estas comunicaciones se hubiese hecho mención a noticias reportadas en medios de comunicación, pues lo cierto es que todas las autoridades y la opinión pública en general sabían para esa fecha sobre la decisión del señor alcalde mayor de que una entidad pública asumiría la prestación del servicio público de aseo.

Respecto del oficio enviado al gerente de la EAAB el 30 de octubre de 2012, el señor defensor también dijo que no fue dirigido al señor alcalde mayor, que solo se refería al convenio interadministrativo n.° 17 de 2012 y que no tenía ninguna aseveración que tuviera relación con las decisiones adoptadas en el Decreto

---

[343] Confróntese con los folios 1 a 10 del anexo n.° 1 de la actuación.
[344] Confróntese con el folios 48 del anexo n.° 1 de la actuación.
[345] Confróntese con el inciso segundo del numeral 9 del oficio n.° 102382 del 6 de julio de 2012, visible en los folios 42 a 44 del anexo n.° 1 de la actuación. Así mismo, con la página n.° 2 del oficio n.° 120951 del 10 de agosto de 2012, visible en los folios 45 a 47 del anexo n.° 1 de la actuación.

564 de 2012, y que no sobraba recordar que el convenio interadministrativo n.° 17 de 2012 se suscribió sin exclusividad y que «no impide, ni impidió», el ingreso de otros operadores.

Así las cosas, la Sala también discrepa de dicha conclusión, pues, en esta oportunidad, el oficio se le envió la entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO, persona a la que precisamente el señor alcalde mayor de Bogotá le dada instrucciones precisas, como lo informó CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO. Además, en dicha comunicación era obvio referirse al convenio interadministrativo n.° 17 de 2012 y no al Decreto 564 de 2012, por cuanto la fecha de su elaboración tuvo lugar después de la suscripción del convenio y antes de la expedición del Decreto 564 de 2012. Con todo, en dicho oficio sí se destacó que el régimen general en materia de la prestación del servicio público domiciliarios era el de la libertad de empresa; además, que la única limitación a dicho principio era la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo y que ninguna persona requería autorización o título habilitante de ninguna autoridad para que pudiera prestarlo, aspecto este último que fue el que precisamente estableció el Decreto 564 de 2012. Para que no haya duda, dichas advertencias se consignaron de la siguiente forma:

> **1. LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHO DEL USUARIO A LA LIBRE ESCOGENCIA DEL PRESTADOR.**
>
> Según se mencionó en la reunión, la Decisión del Distrito se fundamenta en que, a su parecer, **la única forma de cumplir** el Auto 275 de la Corte Constitucional para la inclusión de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora **es mediante la operación exclusiva del servicio de aseo por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.**
>
> Sobre este punto particular, de manera comedida, se recomienda revisar nuevamente la posición jurídica del Distrito, **teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 333 y 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos domiciliarios, por regla general, se prestan en régimen de competencia.** De igual manera, **e**l artículo 22 de la Ley 142 de 1994 desarrolla **el principio de libertad de empresa, comúnmente conocido como libertad de entrada,** previsto en el artículo 10 de la citada ley.
>
> El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha definido la **libertad económica** como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, es una libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía, entre ellos por la regulación económica.

> Así mismo, ha sostenido el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido, que se aprecia, por una parte, **en la libertad de empresa, que constituye nada menos que «el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella»**, y de otra, en la **libertad de competencia, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado.**
>
> La doctrina ha definido el principio de **libertad de entrada consistente en permitir que las empresas** debidamente constituidas y organizadas **desarrollen su objeto social sin que sea necesaria la expedición de algún título habilitante por parte de las autoridades administrativas.** Con ello se busca que en el régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios no existan barreras legales o procedimientos administrativos que obstaculicen el ingreso de nuevos operadores al mercado.
>
> (…)
>
> Es decir, **la norma general es que existe libertad para que varias empresas presten servicios públicos, salvo en los casos que por interés social y con el propósito de ampliar la cobertura de los servicios públicos, se entregue a una sola empresa un área de servicio exclusivo,** en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.
>
> De tal manera que, **salvo que se trate de contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo,** en los que previamente se hayan verificado **los motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo** por parte de la CRA, **ninguna persona requiere autorización o título habilitante de ninguna autoridad para que pueda prestarlo.** [346]
>
> (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el señor defensor refirió que en las reuniones llevadas a cabo el 7 y 13 de noviembre de 2012 no participó el señor alcalde. Además, que el oficio n.° 178066 de 30 de noviembre de 2012, dirigido al señor alcalde mayor, señaló que dicha comunicación contenía consideraciones sobre la libertad de empresa y de competencia frente a los servicios públicos en forma general, y en el que se insistió en el estudio del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012, el cual, no era el eje jurídico que fundamentaba el Decreto 564 de 2012. Agregó que esta comunicación tampoco instruía al alcalde sobre las circunstancias específicas de la ciudad de Bogotá y que, aunque se mencionaron las decisiones de la Corte Constitucional, no se hizo un examen integral y armónico

[346] Confróntese con los folios 85 a 87 del anexo n.° 1 de la actuación. Así mismo, en los folios 75 a 77 del anexo n.° 5 de la actuación.

de dichas decisiones con las normas constitucionales y legales como Ley 142 de 1994 y el Decreto 1421 de 1993, entre otros, los cuales se tuvieron en cuenta para expedir el Decreto 564 de 2012.

De esa manera, la Sala tampoco comparte dicha apreciación. En efecto, además de que se ha dicho que los funcionarios distritales que participaban en diferentes reuniones y a los cuales se les enviaba esas comunicaciones dependían directamente del señor alcalde mayor —como ocurría con los diferentes directores que tuvo la UAESP y el gerente de la EAAB DIEGO BRAVO—, la Sala evidencia que en las reuniones de los días 7 y 13 de noviembre de 2012[347] todas las entidades que participaron, diferentes a la EAAB y la UAESP, le hicieron saber a los funcionarios del Distrito que en la ciudad de Bogotá regía en el principio de libertad de empresa y que la decisión de que la EAAB asumiera la prestación del servicio no podía impedir que otros operadores compitieran y prestaran el servicio en igualdad de condiciones. Esta posición fue planteada por los funcionarios de la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y el Ministerio del Medio Ambiente. [348]

Ahora bien, contrario a lo sostenido por el señor defensor, el oficio del 30 de noviembre de 2012[349] dirigido al señor alcalde mayor de Bogotá es la comunicación en la que más se llamó la atención sobre la libertad de empresa y competencia en los servicios públicos, aspectos que precisamente sí tenían relación con el eje que fundamentó el Decreto 564 de 2012, conexión obviamente entendida en que dicho acto administrativo desconoció estos pilares fundamentales en la prestación del servicio de aseo.

Para demostrar esta afirmación y con el fin de ilustrar en que sí se hizo un examen integral y armónico de las normas constitucionales y legales que regían la prestación del servicio público de aseo, analicemos por bloques los apartes más significativos de la referida comunicación:

a. Libertad de empresa y libre competencia.

En cuanto al principio de libertad de empresa y libre competencia, se dijo de manera extensa lo siguiente:

---

[347] Confróntese con las actas del 7 y 13 de noviembre de 2012, obrantes en los folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.
[348] Confróntese con las actas del 7 y 13 de noviembre de 2012, obrantes en los folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.
[349] Confróntese con los folios 122 a 152 del anexo n.° 1 de la actuación.

El constituyente de 1991 consagró en la Carta Política un conjunto de reglas y principios que orientan servicios públicos con dos connotaciones fundamentales, i) como una actividad económica, pero a su vez ii) inherente a los fines sociales del Estado. De ahí, que lo relativo a estos servicios se encuentre ubicado en el Título XII sobre el régimen económico y de la hacienda pública de nuestra Constitución.

Entre algunas de estas normas resulta oportuno recordar las siguientes:

ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, **nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos**, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

(…)

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

(…)

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

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

ARTICULO 367. **La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios**, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

(…)

Adicionalmente a estos principios de libre actividad económica e iniciativa privada, libre competencia, habilitación para la prestación a cargo del Estado, las comunidades organizadas y los particulares, y la encomienda constitucional al legislador para determinar las competencias y responsabilidades sobre la materia, debemos recordar que el artículo 336 prohíbe el establecimiento de monopolios, salvo como arbitrios rentísticos.

(…)

Así, siguiendo los preceptos constitucionales transcritos, la Ley 142 de 1994 desarrolló el derecho de la libertad de empresa y el régimen de su funcionamiento en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, **conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley**, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: **2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante**

ARTÍCULO 3o. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: **3.9. Respecto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.**

ARTÍCULO 10. LIBERTAD DE EMPRESA. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

ARTÍCULO 11. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones: **11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia**.

ARTÍCULO 22. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas **no requieren permiso para desarrollar su objeto social**, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades.

ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; **en la forma que mejor garantice la libre competencia** y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios. (…)

Tal y como lo ha sostenido la Corte, las normas de rango constitucional y legal que establecen régimen jurídico de los servicios públicos «son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios» (…)

Con base en el marco normativo expuesto se han proferido múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que ratifican la libre competencia como regla general del mercado de los servicios públicos; en igual sentido se han manifestado los entes de control y regulación en ejercicio de su función consultiva.

Doctrinariamente, entre muchos otros, el profesor Carlos Alberto Atehortúa Ríos se ha referido sobre el particular en los siguientes términos:

> En el modelo colombiano se ha optado por establecer un sistema de libre competencia en el cual puedan concurrir el Estado, las comunidades organizadas y los particulares, los cuales deben competir en condiciones de igualdad en la prestación de los servicios; pero por mandato constitucional el Estado mantiene la planeación, la regulación, el control y la vigilancia en la prestación de los servicios públicos.
>
> Sin embargo, no hay que olvidar que las libertades económicas no son absolutas (…) y la legislación ha previsto algunas restricciones en aras de satisfacer el interés general y los derechos esenciales involucrados en la prestación. **La más importante, corresponde a las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) previstas en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994** que tiene el propósito de extender la cobertura a las personas de menores ingresos estableciendo una zona geográfica en la que ninguna otra empresa ofrezca los mismos servicios por un tiempo determinado, previa verificación de motivos de la Comisión de Regulación respectiva.
>
> Al respecto, **sugerimos al Distrito profundizar en el análisis sobre la vigencia de las ASE y el momento en que esta restricción excepcional es aplicable,** es decir, desde la firmeza del acto administrativo que verifica los motivos por parte de la Comisión respectiva, o desde la suscripción de los contratos de concesión.
>
> A su vez, queremos hacer notar la importancia de definir una posición uniforme a nivel distrital sobre el particular ya que de una parte **el Gerente de la empresa de Acueducto sostiene la tesis de la vigencia de las ASE desde la expedición de la Resolución CRA 541 del 9 de febrero de 2011** y, por la otra, **el Director de la UAESP presentó a la Comisión una nueva solicitud de verificación de motivos** mediante radicado CRA 20123210053762 del 19 de noviembre de 2012 (…)

Todo el anterior recuento normativo que efectuó la Procuraduría Preventiva para la Función Pública explicaba las razones jurídicas por las cuales se estaba en un régimen de libertad de empresa, a menos que se implementara las Áreas de Servicio Exclusivo en virtud de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

b. Libre elección del prestador.

En cuanto a la libre elección del prestador en dicha comunicación se dijo lo siguiente:

> El régimen de servicios públicos domiciliarios fijó en el artículo 9 un catálogo de derechos de los usuarios entre los que se encuentra en el numeral 9.2 el de «la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización».

> A su vez, el artículo 134 protege el libre acceso a los servicios públicos domiciliarios permitiendo a cualquier persona capaz de contratar hacerse parte de un contrato de servicios públicos.
>
> Precisamente, el modelo de contrato de condiciones uniformes contenido en la cláusula 15 del anexo 9 de la Resolución CRA 151 de 2001 modificado por la Resolución CRA 376 de 2006, consagra en el numeral 5 el derecho del suscriptor y/o usuario a la libre elección del prestador del servicio[350].
>
> De tal forma, que la relación contractual entre prestador y usuario debe observar esta garantía del usuario, que como lo dispone la misma resolución, solo en el caso de los contratos de condiciones uniformes que hayan sido adjudicados mediante contrato de concesión de áreas de servicio exclusivo, no deberá incluirse.
>
> **Por todo lo anterior, la Procuraduría Delegada invita al Distrito a que confronte el esquema <u>transitorio</u> de prestación y los anuncios realizados, con el ordenamiento superior y el régimen jurídico de servicios públicos domiciliarios** contenidos en las normas reseñadas con el propósito de establecer **si este podría ser contrario o atenta contra el derecho a la libre empresa, el derecho a la libre competencia, los derechos de los usuarios, el principio de legalidad y demás disposiciones vigentes sobre la materia.**
>
> (Subrayado original. Negrillas fuera de texto).

En este último párrafo se concluyó que el esquema transitorio adoptado por el Distrito, que se refería a la suscripción del contrato 017 de 2012 y a los distintos anuncios del Distrito, posiblemente afectarían el derecho a la libre empresa y competencia.

c. Plan de inclusión de la población recicladora.

En cuanto al plan de la inclusión de la población recicladora, en el mencionado oficio se precisó lo siguiente:

> El 30 de marzo de 2012, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos presentó a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional

[350] La mencionada Resolución establece la siguiente salvedad: « Este derecho no debe ser incluido en el CSP cuyo objeto sea la prestación de un servicio que haya sido adjudicado mediante un contrato que incluya cláusulas que establezcan un área de servicio exclusivo, previa verificación de motivos por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento».

el esquema de metas a cumplir en el corto plazo, con destino a lograr la formalización y regulación de la población de recicladores de la capital, ordenado en el Auto 275 de 2011.

Dicho esquema titulado «Plan de Inclusión de la Población Recicladora», plantea un modelo que involucra seis ejes fundamentales:

1. Organización de empresas de recicladores bajo la figura de ORGANIZACIONES AUTORIZADAS.

2. Estas empresas se hacen cargo, mediante contrato con la UAESP, de la recolección y transporte de la totalidad del material reciclable que se genera en la ciudad.

3. Se organizan rutas selectivas que cubren la totalidad de la ciudad y de los usuarios y se adjudican estas rutas o áreas de manera exclusiva a las empresas de recicladores para la prestación del servicio de recolección y transporte.

4. Se excluye el material reciclable que presenten los usuarios del objeto de los contratos que se suscriban para la recolección y transporte de residuos no reciclables u ordinarios con destino al Relleno Doña Juana.

5. Se dota a estas empresas mediante mecanismos financieros idóneos del parque automotor y demás medios necesarios para realizar la labor de manera tecnificada.

6. Cerca de 7.000 recicladores que laboran en las calles pasan en adelante a vincularse como trabajadores formales en 60 centros de acopio en los cuales realizarán actividades de selección, clasificación, embalaje y aprovechamiento.

Adicionalmente, el Plan presentado por el Distrito supone el alcance de seis metas generales que se resumen en: **(i)** publicidad del programa -Basura Cero- y separación en la fuente, **(ii)** reorganización del servicio reorientado hacia el aprovechamiento permitiendo a los recicladores constituir empresa y disponer de centros de acopio y parques de reciclaje y dotarlo de infraestructura, **(iii)** formalizar la población recicladora haciendo efectiva una remuneración estable y acceso a la seguridad social, **(iv)** desarrollo de un marco regulatorio que permita el logro de las anteriores metas, **(v)** cubrir la prestación del servicio del material aprovechable con rutas selectivas y **(vi)** asegurar la sostenibilidad del modelo empresarial de la población recicladora.

Para cada una de estas metas, el Distrito propone diversas gestiones y logros que califica como acciones afirmativas. Por ejemplo, en el caso de la separación en la fuente, relaciona las siguientes medidas de inclusión:

Vincular 2000 recicladores al programa de separación en la fuente para adelantar talleres relativos a la temática de separación en la fuente en unidades residenciales, durante 4 meses. Partiendo de experiencias exitosas en otras ciudades de Colombia y Latinoamérica, en donde, ha sido el contacto directo con el reciclador, el que sensibiliza y asegura la separación en la fuente.

Vincular 460 recicladores para adelantar procesos de capacitación en separación en la fuente, dirigido a multiusuario. Desde una perspectiva de encuentro de saberes, esta

actividad permitirá acceder también a la dimensión humana del reciclaje, y que los multi-usuarios conozcan el trabajo del reciclador, superando los “imaginarios de discriminación”.

Vinculación de recicladores que cumplan los requisitos mediante proceso de selección, como gestores locales de la UAESP durante el cuatrienio. El censo arrojará información vital sobre los niveles educativos que permitirán acercarse a las competencias de esta población.

Levantar el sistema básico de información “Basura Cero”, para el monitoreo de la actividad de separación en la fuente.

Profundizar la estrategia de separación en la fuente de manera que se potencie la recolección por parte de las organizaciones de recicladores.

Desarrollo de un proceso de formación a cada uno de los recicladores identificados en el censo, para conocer y participar de la estrategia de inclusión social para población recicladora en Basura Cero.

Sensibilización a los micros y pequeños productores de residuos para el uso de las rutas selectivas y el apoyo a la actividad de los recicladores.

Así mismo, el Plan de Inclusión distingue el esquema de prestación del servicio de aseo en sus componentes de recolección y transporte de residuos sólidos NO APROVECHABLES, del esquema de los residuos APROVECHABLES.

Para el primero, plantea un esquema de prestación mediante la concesión de áreas de servicio exclusivo a cargo de operadores privados en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, y para el de los residuos aprovechables, a cargo de las empresas de recicladores, la asignación de áreas o rutas también exclusivas.

Como se puede observar, **si bien es cierto que el Plan contempla la remuneración formal de la actividad del reciclaje en el marco del servicio de aseo** y que probablemente, tal y como lo ha manifestado el Distrito, **pueda constituir un mayor reto garantizar esta medida en un régimen de libre competencia, también lo es que la propuesta de inclusión tiene otras medidas concretas en las que viene trabajando la UAESP en pro de alcanzar la igualdad material de esta población, las cuales pueden seguir consolidándose en tanto se concesionan las áreas de servicio exclusivo de conformidad con la ley.**

Ciertamente, **el Plan contempla acciones de capacitación, formalización, incorporación en la gestión de la cultura Basura Cero y la separación en la fuente, la creación de centros de acopio y parques de reciclaje, e incluso la asignación de rutas o áreas exclusivas para la actividad de aprovechamiento, las cuales dignifican el trabajo de la población de los recicladores de forma paulatina.**

Al respecto, debemos recordar que la Corte Constitucional en el numeral 38 del Auto 275 de 2011 resaltó que «a pesar de que la finalidad de las acciones afirmativas es compensar una situación dada y modificar el *statu*

> *quo* contrario a la Constitución, esto no significa que tenga que hacerlo de manera inmediata. Como bien se dijo con anterioridad, estas medidas pueden ser progresivas, pero –en todo caso– eficaces. Esto implica que pueden conllevar transformaciones paulatinas».
>
> (…)
>
> Ahora bien, el Distrito debe aclarar en qué condiciones realizará la remuneración a los recicladores por su actividad de aprovechamiento, en el entendido que la Corte Constitucional, y así lo propuso la UAESP en el Plan de inclusión, sugirió que para regularizar dicha actividad podía acudirse a la figura de las «organizaciones autorizadas» para la prestación de servicios públicos domiciliarios consagradas por el Legislador en el artículo 15, numeral 4 de la Ley 142 de 1994, por medio de la cual se les reconoce como prestadores autorizados, distinguiendo esta figura de las asociaciones de primer y segundo nivel que operan para la representación de los recicladores.
>
> Debe tenerse en cuenta que según el Plan de Inclusión y del seguimiento que la Procuraduría le viene realizando, aún no se ha constituido la primera organización autorizada (ORA) en los términos descritos en el párrafo anterior **ni se cuenta con los centros de acopio en donde se vincularan los recicladores como trabajadores formales,** sumado a los inconvenientes en la identificación de los lotes en donde se construirán y funcionarán los parques de reciclaje.
>
> Dado que **uno de los mayores intereses de esta Delegada es garantizar la inclusión de la población recicladora** en los términos del Auto 275 de 2011, plasmados en el Plan presentado por la UAESP, y que ese modelo funcione armónicamente con el esquema de prestación de los demás componentes, **tanto el temporal (EAAB como único prestador) como el definitivo (concesión de ASE),** insistimos en la importancia en que el Distrito realice un análisis sobre estado de cumplimiento del Plan de Inclusión, las razones de sus retrasos y dificultades, modificaciones y demás aspectos relevantes, para establecer las medidas necesarias que permitan superar estos obstáculos y seguir trabajando en su implementación en cualquiera de los escenarios previstos.
>
> (Subrayado original. Negrillas fuera de texto).

Algunas observaciones sobre esta extensa cita pueden hacerse, a manera de resumen, sobre lo que la Procuraduría Preventiva les informó a los tres funcionarios, incluido el señor alcalde mayor de Bogotá:

1. La formalización y regulación de la población de recicladores en la ciudad de Bogotá ordenada mediante el auto 275 de 2011 de la Corte

Constitucional planteaba seis ejes «fundamentales», los cuales correspondían a las acciones afirmativas específicas. Así mismo, el Plan presentado por el Distrito tenía otro gran componente, referido a las acciones afirmativas genéricas. A esta altura procesal, quedó demostrado que esos seis ejes se consolidaron en cuatro grandes objetivos, cada uno de los cuáles tiene una serie de estrategias que se pueden cumplir independientemente del modelo legal que se adopte.

2. Dentro de esas acciones afirmativas denominadas genéricas se encontraban las siguientes: (i) publicidad del programa -Basura Cero- y separación en la fuente, (ii) reorganización del servicio reorientado hacia el aprovechamiento permitiendo a los recicladores constituir empresa y disponer de centros de acopio y parques de reciclaje y dotarlo de infraestructura, (iii) formalizar la población recicladora haciendo efectiva una remuneración estable y acceso a la seguridad social, (iv) desarrollo de un marco regulatorio que permita el logro de las anteriores metas, (v) cubrir la prestación del servicio del material aprovechable con rutas selectivas y (vi) asegurar la sostenibilidad del modelo empresarial de la población recicladora. Precisamente son estas las acciones que se pueden cumplir, independientemente si rige un modelo de Áreas de Servicio Exclusivo o un régimen de libre competencia, esquema este último que no tiene ninguna dificultad como lo explicó SAMUEL PRADA COBOS.

3. La Procuraduría con funciones preventivas reconoció, en acuerdo con el Distrito, que era un mayor reto garantizar la remuneración formal de la actividad del reciclaje en el marco del servicio de aseo en un régimen de libre competencia. Pero que la propuesta del Distrito tenía otras medidas concretas en pro de alcanzar la igualdad material de esta población, las cuales se podían consolidar en tanto se concesionaran las Áreas de Servicio Exclusivo de conformidad con la ley. Es decir, obsérvese que ese cumplimiento de metas debía hacerse o bien en un régimen de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) o en un régimen de libertad de empresa, mientras aquellas se implementaban.

4. Para argumentar que varias acciones afirmativas se podían ir implementado de manera progresiva, se resaltó que el plan presentado a la Corte Constitucional contemplaba acciones de capacitación, formalización, incorporación en la gestión de la cultura Basura Cero y la separación en la fuente, la creación de centros de acopio y parques de reciclaje, e incluso la asignación de rutas o áreas exclusivas para la actividad de aprovechamiento. Sobre tales acciones se destacó que ellas podían cumplirse de forma paulatina; es decir, progresivamente, dado el reto que significaba desarrollarlas en un régimen de libertad de empresa y mientras se implementaba el modelo de las ASE. Sobre la

> progresividad de dichas metas, la Sala no tiene ninguna duda, porque así lo declaró la entonces directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN y, en todo caso, el último informe con corte 30 de junio de 2013 es de un 42 % de cumplimiento, situación que así lo ratifica.

Así las cosas, conforme con estas advertencias efectuadas en dicha comunicación, se orientaba y se explicaba que si bien era un gran reto cumplir con las acciones relacionadas con el plan de la inclusión de la población recicladora, estas debían hacerse, en un principio, bajo el régimen de libertad de empresa y, posteriormente, bajo el modelo de las ASE, mientras se cumplían los requisitos ordenados por ley. En otras palabras, el cumplimiento de las acciones afirmativas ordenadas por la Corte y las presentadas en el Plan de inclusión de la Población recicladora no eran excusa para que se adoptara un modelo de prestación del servicio de aseo por fuera del ordenamiento jurídico y con violaciones al principio de libertad de empresa. Incluso, la posibilidad de cumplir las metas a favor de la población recicladora en un régimen de libre competencia concuerda de manera perfecta con la declaración del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS.

d. Órdenes dadas por la Corte Constitucional.

Muy relacionado con los aspectos anteriormente enunciados, en el oficio se hicieron algunas observaciones sobre las órdenes dadas por la Corte Constitucional. De ellas se puede resaltar lo siguiente:

> La Sala Tercera de Revisión de la Honorable Corte Constitucional profirió el Auto 275 del 19 de diciembre de 2011 por medio del cual dejó sin efectos la licitación pública 001 de 2011 por el incumplimiento de la Sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010 e impartió órdenes concretas al Distrito y a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en aras de dignificar la actividad del reciclaje, entre las que se destaca la siguiente:
>
> **SÉPTIMO.- ORDENAR,** a la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la UAESP o de la entidad que haga sus veces, **que normalice en el menor tiempo posible la prestación del servicio público de aseo** en sus componentes de recolección, transporte al sitio de disposición final, barrido, limpieza de vías, corte de césped y poda de árboles, **a través del esquema que estime pertinente,** atendiendo para el efecto las metas que sean fijadas por el Distrito para entrar a operar en el corto plazo en favor de la población de recicladores de la ciudad.
>
> En la medida en que **las autoridades distritales han sostenido que esta orden de la Corte, en particular los apartes en negrilla, son el sustento fundamental de los anuncios y del modelo temporal propuesto y materializado en el Convenio Interadministrativo 017 de**

2012 suscrito entre la UAESP y la EAAB, consideramos importante invitar al Distrito a analizar las siguientes consideraciones:

1. ¿Qué entiende la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional con “normalizar” la prestación del servicio?

En el numeral 110 del Auto 275 de 2011, **la Corte se encarga de resolver el interrogante** sugerido en los siguientes términos:

Por otro lado, la Administración Distrital deberá **normalizar** en el menor tiempo posible **-dadas las actuales circunstancias de contratación de urgencia-,** la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, transporte al sitio de disposición final, barrido, limpieza de vías, corte de césped y poda de árboles, **a través del esquema que estime pertinente** y atendiendo para el efecto las metas que sean fijadas por el Distrito para entrar a operar en el corto plazo.

No es necesario resaltar ya que la propia Corte empleó los guiones para destacar que dicha expresión se refiere **a las condiciones de urgencia manifiesta contractual** en las que se estaba prestando el servicio al momento de proferir el Auto.

2. ¿La Corte Constitucional facultó al Distrito para implementar un esquema de prestación no previsto en la normatividad vigente?

Para ello, debemos tener en cuenta que el Auto 275 de 2011 de la Corte Constitucional **no fijó un determinado esquema de prestación del servicio de aseo para la inclusión de las acciones afirmativas en favor de la población de recicladores, al afirmar que el Distrito podría darle cumplimiento «A través del esquema que estime pertinente»**. En efecto, el numeral 114 del mencionado Auto indica que bajo cualquier esquema de prestación se deben implementar acciones que dignifiquen la labor de los recicladores.

A su vez, en el inciso 2 del numeral 112 del Auto, la Corte es clara al mencionar **que esta potestad discrecional de la administración estará limitada por la ley.** Veamos:

> En ese orden, se deberá señalar **la manera en que el esquema de libre competencia u otro legalmente posible** para los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento se coordinará con otros modelos de operación como la concesión de áreas de servicio exclusivo autorizadas para los componentes de recolección y transporte de residuos no separados o cualquier otro modelo.

También, en el numeral 118 la Corte reitera que incluso el esquema de metas a cumplir en el corte plazo **debe atender las disposiciones legales vigentes.** En tal sentido indicó:

> 118. Para la Sala es necesario precisar que las medidas de acción afirmativa llamadas a ser dispuestas, pueden representar deberes, cargas u obligaciones para los recicladores en

razón a que prestan un servicio público con ingentes beneficios ambientales para el colectivo, tal y como ha sido señalado a lo largo de esta providencia. En ese sentido, el esquema de medidas a cumplir en el corto plazo, **de conformidad con la normatividad existente** y con las órdenes contenidas en esta providencia, deberá establecer compromisos, cargas y obligaciones en cabeza de los recicladores para su adecuada normalización. Lo anterior, por cuanto la protección especial que merecen como sujetos en condiciones de vulnerabilidad no es obstáculo para disponer acciones de doble vía, dada la naturaleza del servicio público domiciliario y esencial del cual participan

Al respecto, debemos destacar que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico solicitó aclaración del Auto 275 de 2011 aduciendo que carecía de competencia para definir parámetros de política pública en torno al manejo integral de residuos sólidos aprovechables. La Corte Constitucional mediante oficio n.° A-654 del 22 de mayo de 2012, enfatizó que lo exhortado a la CRA debía cumplirse -conforme a sus competencias legales-.

De manera que, **para el ente de control, no es claro que la Corte haya permitido desconocer el principio de legalidad propio del Estado Derecho** y máximo logro del constitucionalismo, **para implementar un esquema de prestación no previsto en las normas vigentes, como parece entenderlo el Distrito al asignar la totalidad de la prestación a la empresa pública impidiendo el acceso de otros operadores en tanto se adjudican las áreas de servicio exclusivo.**

(…)

Otro de los aspectos importantes a destacar del Auto 275 de 2011 y sobre el cual invitamos al Distrito a examinar consiste en las apreciaciones que sobre el régimen de prestación realizó la Corte, pues del análisis de la máxima corporación constitucional y las disposiciones legales **se entiende que desde el 15 de septiembre de 2011 tras la terminación de los contratos de operación de las ASE, rige en la ciudad la libre competencia de los prestadores por el mercado.**

Al respecto, la Corte Constitucional en el Auto 275 de 2011 (numeral 9) indicó:

Pues bien, debe precisarse que los contratos de concesión de aseo para los componentes de recolección, transporte, limpieza, poda y corte de césped celebrados por la Administración Distrital en el año 2003, **terminaron por expiración del plazo adicional el 15 de septiembre del año en curso y, con ellos la habilitación de áreas de servicio exclusivo en la ciudad, de lo cual se infiere que a partir de esa fecha rige el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, que señala la regla general de libre competencia para la operación de estos servicios públicos domiciliarios.**

En el mismo sentido y refiriéndose a los cuatro contratos suscritos bajo urgencia, el mencionado Auto señaló:

(..) lo cual significa que **sin importar que exista libre competencia,** estos operadores están obligados por virtud de los citados contratos a prestar una cobertura en el 100% de la

ciudad y frente a todos los estratos, sin que sea posible afirmar en la actualidad que alguna zona de la ciudad esté desprovista del servicio de aseo o que los estratos 1 y 2 hayan dejado de ser atendidos por alguno de estos operadores.

En ese sentido **el interés general** está actualmente cubierto **y puede seguir estándolo a través de las acciones que para el efecto establezca la Administración Distrital a partir de las herramientas previstas en la Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 142 de 1994, sin que el presente trámite o las decisiones que en él se adopten puedan ser tomadas como excusa válida para entorpecer la debida prestación del servicio público de aseo** y, sobre todo, para no garantizar este a la población más pobre.

Es importante anotar que la interpretación del Auto y en especial de su parte resolutiva debe hacerse de manera armónica con los numerales 109 y siguientes de la providencia en los que la Sala Tercera de Revisión explica y detalla los alcances de cada una de sus "órdenes concretas".

Por lo tanto, **se le recomienda nuevamente al Distrito sustentar jurídicamente la posibilidad que alegan de apartarse de la normatividad vigente** para dar cumplimiento al Auto de la Corte, más cuando esta parece advertir lo contrario en el mismo Auto y tras haber avalado (a consideración del Distrito) el esquema de inclusión de la población recicladora presentado por la UAESP el día 30 de marzo de 2012, **sin afirmar que para darle cumplimiento fuere necesario acudir a una figura extralegal.**

En efecto, llama la atención del ente de control que en el Plan de Inclusión presentado por el Distrito no se mencionó la imposibilidad de implementar las acciones afirmativas en algún esquema concreto o la necesidad de establecer uno como el que hoy se anuncia y se materializa con el Convenio Interadministrativo 017 de 2012.

Adicionalmente, existe otra circunstancia no menos llamativa consistente en que según los medios de comunicación, el 23 de agosto de 2012 el señor Alcalde, en reunión con periodistas, **anunció la creación de una empresa pública que competiría con los operadores privados por el mercado de los residuos sólidos en la ciudad en un esquema que intentaría reducir las tarifas de aseo en Bogotá.**

De las anteriores citas de la comunicación de la Procuraduría Preventiva a los funcionarios del Distrito, se pueden sintetizar las principales advertencias que se hicieron:

1. La normalización a que se refirió la Corte Constitucional era que no se continuara con la figura de la urgencia manifiesta, más no a que en virtud de dicha decisión se procediera a implementar un modelo de prestación del servicio por fuera del ordenamiento jurídico.

2. La Corte destacó que se debía incluir a la población recicladora en la prestación del servicio de aseo, bien en el esquema de libre competencia u otro legalmente posible, específicamente de acuerdo a la normatividad existente.

3. A partir del 15 de septiembre de 2011, fecha en la que culminaron los contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo, la ciudad de Bogotá, en materia de este servicio público, volvía a la libre competencia del mercado, regla general impuesta por el artículo 10 de la Ley 142 de 1994.

4. Independientemente de los contratos que se suscribieron bajo la figura de urgencia manifiesta a partir del mes de septiembre de 2011, en la ciudad de Bogotá regía la libertad de competencia, y la única limitación legalmente posible era que se implementara nuevamente el modelo de prestación de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), esto, desde luego, hasta que se cumplieran con los requisitos exigidos por ley.

En consecuencia, la Procuraduría le hacía caer en cuenta al Distrito que para el mes de marzo de 2012 se presentó un esquema de cumplimiento de metas ante la Corte Constitucional para garantizar la inclusión de los recicladores, sin que en ningún momento se dijera que en el régimen de libertad de empresa no se podía cumplir dichas metas. Que, inclusive, cuando se anunció la posible decisión de crear una empresa Distrital, esa propuesta contemplaba la posibilidad de que esta entidad pública entrara a competir con los operadores privados en el mercado de aseo, lo cual ratificaba que ante la ausencia del modelo de las ASE, lo que regía era la libertad de empresa. No sobra decir que esta advertencia concuerda perfectamente con lo informado por ÓSCAR SEBASTIAN ALEESO, al explicar que «cuando el alcalde anunció en el mes de agosto de 2012 de que él iba a crear una empresa de servicios públicos, él, como representante legal de LIME, decidió comprar una flota nueva para poder competir».[351]

En ese orden de ideas y conforme ha sido expuesto, la Sala no comprende cómo el señor defensor haya dicho que en el oficio n.° 178066 de 30 de noviembre de 2012 no se «instruyó al alcalde sobre las circunstancias específicas de la ciudad de Bogotá y que no se hizo un examen integral y armónico de dichas decisiones con las normas constitucionales y legales», pues el nivel de detalle que acaba de analizarse de dicha comunicación desmiente cualquier tipo de señalamiento como el efectuado.

[351] Confróntese con los minutos 30 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.

Igualmente, el argumento de que algunas comunicaciones de la Procuraduría no fueron enviadas directamente al señor alcalde mayor de Bogotá es totalmente irrelevante, pues, por lo menos, las del 5 de septiembre y 30 de noviembre de 2012 sí lo fueron, así como la comunicación que le fue enviada por la Contraloría Distrital y todas y cada una de las misivas que le envió el superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por último, es cierto que el oficio n.° 178066 de 30 de noviembre de 2012, dirigido al señor alcalde mayor, se apoyó en un determinado aparte en textos del doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA, pero obsérvese que ello fue para afirmar que «en el modelo colombiano se ha optado por establecer un sistema de libre competencia en el cual puedan concurrir el Estado, las comunidades organizadas y los particulares, los cuales deben competir en condiciones de igualdad en la prestación de los servicios; pero por mandato constitucional el Estado mantiene la planeación, la regulación, el control y la vigilancia en la prestación de los servicios públicos».

De tal forma, esta conclusión es totalmente coherente con lo que advirtieron en su momento la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y el Ministerio del Medio Ambiente, así como lo explicado por el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la empresa de Aseo de Bucaramanga, conclusión que haría llamar la atención en que posiblemente la contradicción sea del mismo doctrinante que fue escuchado en diligencia de declaración y no de los fundamentos de la falta disciplinaria imputada al investigado.

Por lo tanto, las diferentes comunicaciones, no solo de la Procuraduría Preventiva, sino las de la Contraloría y especialmente las de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sí son pruebas pertinentes y conducentes, para que junto con otros elementos de análisis e indicios de comprensión valorativa del disciplinado se pueda estimar cumplida la conciencia de la ilicitud del señor alcalde mayor de Bogotá cuando expidió el Decreto 564 de 2012, más cuando uno de los supuestos propósitos que tuvo fue el de «descartelizar» a un grupo de contratistas, finalidad que no guardaba ninguna relación con el respeto del principio de la libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo y en la garantía de la prestación de este servicio en la ciudad de Bogotá como era su deber.

7.2.4 Argumentos presentados a modo de conclusión y respuesta de la Sala.

A manera de síntesis, el señor defensor expuso su desacuerdo con en el segundo cargo formulado de la siguiente manera:

1. El alcalde mayor expidió el Decreto 564 de 2012 en ejerció sus facultades dentro del marco constitucional y legal y con la única finalidad de garantizar la prestación del servicio y cumplir las órdenes de la Corte Constitucional, por lo que o se configuró la falta que se le ha imputado.

2. El señor alcalde mayor tampoco obró con dolo, pues su intención nunca ha sido actuar por fuera del ordenamiento jurídico, ni lo ha hecho, y que tampoco podía deducirse tal tipo de conducta únicamente por no estar de acuerdo con la interpretación normativa que hacían otras autoridades públicas, máxime cuando otras autoridades judiciales daban otra lectura al Decreto 564 de 2012 y a las normas que lo sustentan.

3. No se vulneró el principio de planeación, ni ningún otro principio, pues no era requisito para la celebración del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012, la expedición del Decreto 564 de 2012, el cual, simplemente articuló las políticas del Distrito y estas gestiones de las entidades distritales frente a las medidas de adoptadas para la garantía del servicio a cargo directamente del gobierno distrital y para hacer efectivo el Plan de Inclusión de la población recicladora.

4. Las medidas adoptadas por la UAESP, con la celebración del contrato interadministrativo, y por el Distrito, con la adopción del Decreto 564 de 2012, solo tuvo como propósito garantizar la prestación del servicio de aseo, en toda la ciudad, razón por la cual, fue celebrado con esa cobertura, pero sin que ello pudiera considerarse que tenía como propósito impedir o desconocer la libre concurrencia, la que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, tiene los límites que le impone el bien común.

5. La implementación del esquema transitorio para la prestación del servicio de aseo está plenamente justificada y todas las medidas adoptadas en el Decreto 564 de 212 tienen como fundamento las normas constitucionales y legales aplicables, con el único propósito de garantizar la prestación del servicio de aseo y el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional de inclusión de la población recicladora.

6. No es posible establecer una falta disciplinaria sobre supuesta vulneración de un principio, en la forma como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005. Que por ello mucho menos podía ser de recibo que la vulneración a un principio como el de la libre competencia sea el resultado de la interpretación particular dada por la Procuraduría en función preventiva y que el solo disenso con dicha interpretación sea la causa del proceso disciplinario y, eventualmente, de la sanción.

En tal forma, la Sala responde de la siguiente manera:

1. Es cierto que el alcalde mayor de Bogotá expidió el Decreto 564 de 2012 en ejerció sus facultades constitucionales y legales, pero con una finalidad distinta a la prevista en dichas normas, pues se adoptó un esquema transitorio de aseo no autorizado en el ordenamiento jurídico y dicha decisión no guardó ninguna relación con el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional a favor de la población recicladora.

2. El señor alcalde mayor de Bogotá sí obró con dolo, pues cuando expidió el Decreto 564 de 2012 conocía que imponer restricciones y limitaciones al principio de la libertad de empresa era contrario al ordenamiento jurídico. Una prueba de esto, entre muchas otras, fueron las múltiples advertencias que directa e indirectamente le hicieron algunas entidades, entre las que se destacan la Procuraduría, la Contraloría Distrital y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Así mismo, el disciplinado siempre dirigió su voluntad a que un operador público asumiera el manejo de la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá. Incluso, en varias de sus explicaciones afirmó que uno de los propósitos de sus decisiones fue el de «descartelizar» a un grupo de contratistas, finalidad que no guardaba ninguna relación con el respeto del principio de la libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo y en la garantía de la prestación de este servicio en la ciudad de Bogotá como era su deber.

3. El principio de planeación y las consideraciones sobre la celebración del convenio interadministrativo n.° 17 de 2012 no hicieron parte del segundo de los cargos formulados. Ahora bien, con la expedición del Decreto 564 de 2012 sí se vulneró el principio de la libertad de empresa, al imponerse una serie de requisitos, condiciones y restricciones que únicamente se podían hacer mediando Áreas de Servicio Exclusivo.

4. Las medidas adoptadas en el Decreto 564 de 2012, especialmente las contenidas en los artículos 6, 8 y 9, sí impidieron y desconocieron la libre concurrencia, por cuanto los operados privados a partir del 18 de diciembre de 2012 perdieron la condición de prestadores y el operador público asumió todo el manejo de la prestación del servicio. Aun cuando algunas empresas prestan el servicio, ellas lo hacen en condición de subcontratistas y en los porcentajes y en las condiciones que determine el Distrito, sin que hayan Áreas de Servicio Exclusivo.

5. La implementación del esquema transitorio para la prestación del servicio de aseo no está justificada, en la medida en que las medidas adoptadas en el Decreto 564 de 212 no tenían ninguna relación con las órdenes de la Corte Constitucional a favor de inclusión de la población recicladora. Quedó demostrado que muchas de ellas se podían cumplir independientemente del modelo legal que se escogiera, que varias de dichas acciones tenían un carácter progresivo y que la inclusión de la población recicladora no es excluyente con la aplicación de un régimen de libertad de empresa.

6. Sí es posible establecer la realización de una falta disciplinaria que tenga por objeto el desconocimiento de un principio como el de la libertad de empresa. En efecto, la sentencia C-818 de 2005 se refirió única y exclusivamente al estudio de la constitucionalidad del numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por lo cual dicho pronunciamiento en principio no es aplicable para el análisis del segundo de los cargos formulados.

   Sin embargo, conforme a una interpretación extensiva y analógica, obsérvese que la mencionada sentencia declaró la constitucionalidad de dicha falta disciplinaria, bajo el entendido de que «la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios». Por ello, no es cierto que la Corte haya dicho que no es posible «establecer una falta disciplinaria sobre la supuesta vulneración de un principio». Por el contrario, ello sí es posible, siempre y cuando, conforme a la referida sentencia, la falta esté descrita en «normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios», lo cual, para el caso de la libertad de empresa, se tuvo en cuenta que este es un principio que tiene desarrollo constitucional y legal, especialmente en las normas de servicios públicos domiciliarios, las cuales hicieron parte del cargo formulado.

7.3 Argumentos frente al tercer cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

7.3.1 Competencia del señor alcalde mayor para decretar la «emergencia amarilla».

7.3.1.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor explicó que el señor alcalde mayor obró en ejercicio de las facultades constitucionales y legales previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley 99 de 1993, artículos 35 y 38 del Decreto Ley 1421 de 1993 y el artículo 15 del Acuerdo 19 de 1996. Así, una vez transcribió estas normas, aseveró que el disciplinado actuó conforme a sus competencias y atribuciones y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales y que adoptó, con la debida antelación, las medidas pertinentes y necesarias para proteger el medio ambiente y la salud de los habitantes del Distrito.

7.3.1.2 Consideraciones de la Sala.

De la misma manera que se hizo al responder los descargos, la Sala debe decir que es cierto que el señor alcalde mayor de Bogotá tenía la competencia para dictar las medidas pertinentes y necesarias para proteger el medio ambiente y la salud de los habitantes del Distrito. Pero no puede perderse de vista que el ejercicio de esas funciones y la adopción de dichas medidas tenían que cumplirse dentro del marco legal y reglamentario fijado para tales efectos. En el presente caso, la expedición del Decreto 570 de 2012 permitió la utilización de vehículos volquetas en reemplazo de vehículos compactadores, situación que precisamente estaba por fuera del «marco legal», en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002.

7.3.2 El artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002.

7.3.2.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor, al igual que lo hizo en los descargos, explicó que el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 no contienen ninguna prohibición respecto del uso de vehículos para la recolección de basuras, ni tampoco sobre el uso de volquetas para cumplir dicho cometido.

Igualmente y acudiendo a una cita del doctrinante NORBERTO BOBIO, sostuvo que el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 es un texto normativo que indicaba

una prescripción afirmativa o mandato, lo que es, por tanto, contrario a la prohibición. Sobre este aspecto, señaló que ese mandato admitía una norma subalterna que es el permiso positivo, la cual estaba contenida en el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, el cual establece lo siguiente:

> Parágrafo. Cuando por condiciones de capacidad y dimensiones de las vías públicas, dificultades de acceso o condiciones topográficas **no sea posible la utilización de vehículos con las características antes señaladas, la autoridad competente evaluara previo a su ejecución la conveniencia de utilizar diseños o tipos de vehículos diferentes**.
>
> (Negrillas utilizadas por el señor defensor).

De esa forma, refirió que dicho parágrafo contiene una permisión positiva porque «permite hacer», ya que no obliga a «no hacer», por lo que se configuraba en una norma subalterna al mandato que, por ser permisiva, admitía interpretación extensiva o analógica. En tal sentido, añadió que esa permisión está evidenciada en el contenido del artículo 41 del Decreto 948 de 1995, el cual señala las características que deben tener los vehículos que por su tipología pueda emitir residuos, como podría ser el caso de las volquetas, pues expresamente establece que estos deben ser cubiertos con protectores o carpas.

Por ello y luego de efectuar una cita jurisprudencial sobre la analogía, afirmó que el uso de volquetas para la prestación del servicio de aseo era posible conforme a esa interpretación extensiva o analógica del parágrafo del artículo 49 de Decreto 1713 de 2002, el cual autorizaba el uso de otro tipo de vehículos cuando se presentaran circunstancias que no permitan el uso de los vehículos descritos en dicho artículo.

Por esta misma razón, tampoco estuvo de acuerdo en el peritaje practicado por los funcionarios de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, obrante en el anexo 17, en el cual se aseveró que el uso de volquetas «vulneraba el artículo 51 del Decreto 605 de 1996 y el RAS título F en la sección 3.3.6». En tal forma, una vez transcribió estas dos normas, señaló que el Decreto 605 de 1996, al igual que lo que acontece con el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, mantiene la excepción del uso de otro tipo de vehículos cuando haya condiciones físicas, topográficas o meteorológicas adversas que impidan el uso de los vehículos usualmente destinados al servicio; que incluso habilita el uso de medios de transporte de tracción humana o animal para tal fin. Igualmente, que la norma RAS tampoco proscribía el uso de otros vehículos, como las volquetas, en circunstancias

excepcionales. Así, añadió que si la mentada prohibición existiera, no solo sería expresa, que no lo es, sino que no se admitiría excepción alguna.

Así mismo, advirtió que los declarantes SUSANA MUHAMAD y JULIO CÉSAR PULIDO, expertos en el tema ambiental, manifestaron que en Bogotá hay zonas que por sus características no pueden ser atendidas por carros compactadores y, en consecuencia, el servicio de aseo, tradicionalmente, se ha prestado en volquetas.

En tal forma, el señor defensor concluyó que no negaba que en Bogotá el servicio de aseo, en condiciones normales, debía ser prestado por vehículos compactadores que se ajustaran a las condiciones técnica descritas en las normas aquí mencionadas, pero que no era menos cierto que la ciudad se encontraba en circunstancias excepcionales para el 18 de diciembre de 2012, no originadas por la administración, pues dijo que era deber de los operadores privados entregar al Distrito los equipos y, en general, hacer la transferencia del servicio de aseo.

Por lo dicho, aseveró que, al no haber norma alguna que regulara expresamente esta situación excepcional, era permitido al Distrito, acudiendo a las normas reproducidas y por analogía, utilizar otro tipo de vehículos, como lo son las volquetas, las que en su uso se debían ajustar a las previsiones del artículo 41 del Decreto 948 de 1995, lo cual, en efecto fue ordenado, a través de la Resolución 1750 de 2012 de la Secretaría Distrital de Ambiente.

7.3.2.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, debe decirse que si bien es cierto que los Decretos 948 de 1995 y Decreto 1713 de 2002 no utilizaron una terminología expresa en términos de «prohibición del uso de volquetas», no lo es menos que estas mismas normas establecieron las condiciones técnicas y reglamentarias que «deben» tener los vehículos destinados para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. En tal forma, dichas disposiciones se traducen en una obligación para el servidor público, la cual tiene una doble connotación: es un deber cumplirlos y, al mismo tiempo, es una prohibición inobservarlos. Al igual que el disciplinado, el señor defensor llamó la atención en que en el artículo 41 del Decreto 948 de 1996 y en el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 no está la expresión «prohibición». Sin embargo, si se observa con atención, esas normas tampoco dijeron que era un «deber», pues, para el servidor público toda norma debe acatarse y le significa, al mismo tiempo, una prohibición incumplirla. Esta es una conclusión irrefutable para el servidor público en donde, por ejemplo, por vía de lo dispuesto en el numeral 1.° del artículo 34 del Código Disciplinario Único es un «deber» cumplir la Constitución, las leyes y los Decretos, mientras que según lo dispuesto en el numeral 1.° del

artículo 35 del mismo estatuto es una «prohibición» inobservar los preceptos contenidos en dicha clase de normas. En suma, y en palabras del doctrinante NORBERTO BOBIO, los deberes funcionales para el servidor público se traducen en un *mandato* que se debe cumplir y, al mismo tiempo, en una *prohibición* de incumplirlos.

Así las cosas y frente al análisis de las normas que hizo el señor defensor, obsérvese que el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 establece la obligación de cubrir la carga contaminante. Sin embargo, esta fue una norma que se inobservó, pues, al prestarse el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en vehículos volquetas durante el mes de diciembre de 2012, se pudo comprobar que, mientras se recogían los residuos sólidos, era imposible utilizar los mencionados dispositivos protectores, carpas o coberturas. Así lo demuestran los videos obrantes en el anexo n.° 7 de la actuación, en donde los residuos estuvieron expuestos al aire y, encima de ellos, siempre había un operario en medio de las basuras acomodando y literalmente «atrapando» las bolsas que arrojaban sus otros compañeros. Con esto se quiere significar que una cosa es el transporte de residuos sólidos y otra muy distinta es el proceso de recolección por las vías públicas de la ciudad por donde debían utilizarse vehículos compactadores.

Igualmente, no puede aceptarse que para el caso de la ciudad de Bogotá se diera aplicación al parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, pues dicha norma establece lo siguiente:

> **Cuando por condiciones de capacidad y dimensiones de las vías públicas, dificultades de acceso o condiciones topográficas** no sea posible la utilización de vehículos con las características antes señaladas, la autoridad competente evaluara previo a su ejecución la conveniencia de utilizar diseños o tipos de vehículos diferentes.
>
> (Negrillas fuera de texto)

De ese modo, la anterior disposición es totalmente improcedente para la situación ocurrida en el ciudad de Bogotá en el mes de diciembre de 2012, pues fácil es concluir que la posibilidad de utilizar vehículos diferentes a los compactadores se puede dar cuando se presenten condiciones especiales relativas a la «capacidad y dimensiones de las vías públicas» o a las «dificultades de acceso o condiciones topográficas», situaciones que por ningún lado observa la Sala, ya que la utilización de volquetas durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 fue para todas y cada una de las zonas de la ciudad de Bogotá en donde el nuevo operador público debía prestar el servicio de aseo, operador que, desde luego, no contaba con los vehículos compactadores.

Por lo tanto, en vez de haberse presentado una situación relacionada con la «capacidad y dimensiones de las vías públicas o dificultades de acceso o condiciones topográficas», realmente lo que ocurrió en el presente caso fue la absoluta falta de capacidad de las entidades del Distrito para prestar el servicio público de aseo en virtud de las decisiones tomadas por el señor alcalde mayor de Bogotá. Por ello es que, contrario a lo señalado por el señor defensor, las «circunstancias excepcionales en que se encontraba la ciudad para el 18 de diciembre de 2012» sí fueron originadas por la administración, específicamente por la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá quien en comienzos del segundo semestre del año 2012 dio las precisas instrucciones para que se buscara la fórmula que las entidades del Distrito asumieran el manejo y la prestación del servicio en toda la ciudad de Bogotá.

De esa manera, debe repetirse que si lo que dijeran los sujetos procesales fuera cierto, tendría que concluirse que no había razón para haber vuelto a contratar los operadores privados y que la EAAB y Aguas de Bogotá podían haber continuado prestando el servicio público de aseo durante los últimos días del año 2012 y buena parte del 2013 en vehículos tipo volqueta, porque supuestamente así lo permitía el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002. Incluso, que sí se podía haber acudido a otras situaciones excepcionales como «el uso de medios de transporte de tracción humana o animal para tal fin», como lo dio a entender el señor abogado defensor, o «hasta con personal del Ejército Nacional», como una de las últimas medidas supuestamente analizadas en la forma como lo explicó el mismo disciplinado en su versión libre, argumentaciones totalmente inaceptables.

En consecuencia, la tesis de la analogía sobre la posibilidad de utilizarse volquetas no puede ser aplicable, porque la norma invocada es para circunstancias excepcionales referidas a condiciones especiales relativas a la «capacidad y dimensiones de las vías públicas», las cuales tienen una evidente delimitación respecto de pocas áreas de la ciudad; o a las «dificultades de acceso o condiciones topográficas», cuyo condicionamiento es temporal y circunstancial. Por el contrario, lejos de darse estas situaciones excepcionales, especialmente en el tiempo y determinadas áreas, el Decreto 570 de 2012 permitió la utilización de volquetas por el término de cuatro meses en toda la ciudad, algo que evidentemente ya no fue «excepcional», «circunstancial» o debido a algunas zonas con condiciones topográficas o dimensiones de vías que no lo permitieran.

Con todo y eso, obsérvese que la autorización del señor alcalde mayor de Bogotá para el uso de volquetas fue por un término de cuatro meses a partir de la expedición del Decreto 570 de 2012, lo cual ocurrió el 14 de diciembre del mismo año. En otras palabras, esa posibilidad solo se podía dar hasta el 14 de abril de 2013. Sin embargo, tal y como lo certificó el mismo gerente de la

empresa Aguas de Bogotá, la utilización de volquetas se dio hasta el mes de julio de 2013, de conformidad con el oficio AB 4150 – 2013, recibido en esta entidad el 13 de septiembre de 2013.[352] Es decir, en la ciudad de Bogotá se continuó prestando en algunas zonas el servicio de aseo en vehículo volquetas por un lapso superior a tres meses después de la expiración el término autorizado por el señor alcalde mayor de Bogotá contenido en el Decreto 570 de 2012, situación que además de corroborar el caos y desorden administrativo provocado por las decisiones del señor alcalde mayor confirma la incorrecta prestación del servicio de aseo que vivió la ciudad de Bogotá hasta mediados del año 2013.

En segundo lugar y debido a las razones anotadas, para la Sala no pueden ser de recibo las opiniones ofrecidas por los declarantes SUSANA MUHAMAD y JULIO CÉSAR PULIDO, quienes siendo funcionarios del Distrito asumieron una posición exacta a la del señor abogado defensor, en cuanto a que supuestamente se podían reemplazar los vehículos compactadores por las volquetas acudiendo a las normas que regulaban casos excepcionales como fue anotado en precedencia.

Sin embargo, si de testimonios se trata, recuérdese que las primeras respuestas de la declaración del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS estuvieron dirigidas a que la utilización de volquetas solo podía darse en «municipios muy pequeños en donde existiera un operador público muy pequeño, pero que después de 8.000 usuarios había obligación de utilizar compactadores, conforme al Decreto 1713».[353] De la misma manera, este testigo, en un aparte posterior, refirió que era «obligación estricta prestar el servicio en vehículos compactadores, tanto para operadores privados como para el operador público».[354] Igualmente, ante las preguntas de la defensa y sobre alguna situación excepcional contenida en el Decreto 1713 de 2002 en cuanto a la posibilidad de utilizar volquetas en caso de emergencia, el testigo respondió ello sería «por situaciones de emergencias muy particulares y por tiempos demasiados cortos». Para ello precisó que «la utilización de una volqueta es anti técnica para prestar el servicio de aseo, sobre todo para la recolección de residuos sólidos; que eso no funcionaba; que la utilización de volquetas estaría bien para ciudades muy pequeñas y que la volqueta era un equipo que no debería utilizarse para ello».[355] Incluso, el señor abogado le puso el ejemplo al testigo de qué pasaría en caso de una huelga de los trabajadores

---

[352] Confróntese con los folios 1670 a 1698 del cuaderno original n.° 6 de la actuación. Específicamente el folio 1697, en donde se dijo lo siguiente: «Es de anotar que la empresa utilizó volquetas para la ciudad de Bogotá hasta el mes de julio de 2013». Este informe fue suscrito por RICARDO AGUDELO SEDANO, gerente de la empresa Aguas de Bogotá.
[353] Conforme a los minutos 14 y siguientes de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[354] Ibídem. Minuto 1.20.
[355] Ibídem. Minutos 1.20 y siguientes.

y que cerraran los talleres donde estaban los compactadores. Frente a ello SAMUEL PRADA COBOS le respondió que «en el mercado nacional era demasiado fácil alquilar compactadores; que cerca de Bucaramanga había vehículos compactadores en industrias BÚFALO o FANALCA, a 20 millones de pesos mensuales aproximadamente; que camiones compactadores habían en todo el mercado nacional, como por ejemplo en la empresa PROACTIVA».[356]

Así las cosas, las afirmaciones del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, y no las opiniones de los funcionarios SUSANA MUHAMAD y JULIO CÉSAR PULIDO, son las que concuerdan con lo que está claramente establecido en los Decretos 948 de 1995 y Decreto 1713 de 2002. Por lo mismo, en cuanto al deber o «prohibición» sobre el uso de volquetas por parte del Distrito en el nuevo modelo implementado por el señor alcalde mayor, es bastante ilustrativo el relato de TULIO EDUARDO SARMIENTO, representante legal de uno de los operadores privados:

> **El día en que empezaron, operaron con volquetas, lo que nosotros por 20 años nos tuvieron <u>prohibido</u>**; (…) las condiciones del trabajo de personal eran muy diferentes, a las que nosotros nunca pudimos acceder (…) **vimos en las noticias cómo se le cayeron de las volquetas dos trabajadores**, uno de esos de cabeza, casi muriéndose, y supuestamente era más eficientes; el costo: **el tener vehículos compactadores por cada tres volquetas prácticamente** (…) ¿Quién asumía ese costo? ¿Dónde estaba la preparación y la programación de eso?[357]

En consecuencia, tiene razón el señor defensor cuando concluyó que en la ciudad de Bogotá debía, en condiciones normales, prestarse el servicio de aseo con vehículos compactadores que se ajustaran a las condiciones técnicas descritas en las normas reglamentarias, pues así lo establecen los Decretos 948 de 1995 y Decreto 1713 de 2002 y de esa manera lo corroboró el testigo técnico solicitado por la defensa. Sin embargo, en donde persiste el desacuerdo es en la afirmación de que las «circunstancias excepcionales para el 18 de diciembre de 2012 no fueron originadas por la administración», pues precisamente la decisión del mandatario distrital se orientó a que las entidades del Distrito, sin la experiencia y conocimiento y sin una flota de compactadores asumieran la responsabilidad de prestar el servicio de aseo, situación que tampoco se puede endosar a los operadores privados por no haber revertido los equipos que ellos tenían en su poder, pues este fue un asunto que debió quedar resuelto antes, y no después, del día del inicio del nuevo esquema adoptado por el señor alcalde mayor.

---

[356] Ibídem. Minutos 1.20 y siguientes.

[357] Conforme a los minutos 45 y siguientes de la declaración de TULIO EDUARDO SARMIENTO, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

7.3.3 Inexistencia de riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente.

7.3.3.1 Argumentos de la defensa.

El señor defensor manifestó, en primer orden, que el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, expedido por el señor alcalde mayor de Bogotá, no originó un grave riesgo al medio ambiente, a los ecosistemas o a la salud humana; que de ello no había prueba en el proceso, ya que el peritaje elaborado por los funcionarios de la Procuraduría no probaba la existencia de ese riesgo grave. Que, por el contrario, las medidas adoptadas por este decreto estaban diseñadas para prevenir y mitigar cualquier impacto ambiental generado en el transporte de residuos sólidos de la ciudad de Bogotá.

Además, refirió que la doctora SUSANA MUHAMAD, secretaria de Ambiente para la época de los hechos investigados y testigo en el presente proceso, manifestó que era previsible que en una transición en la operación del servicio de aseo, sea cual sea, se pudieran presentar situaciones que generaran potenciales riesgos al medio ambiente. Así mismo, que con la debida antelación y previos todos los análisis jurídicos y técnicos correspondientes se evidenció la necesidad de adoptar las medidas preventivas que garantizaran que tales riesgos no se hicieran realidad; que, con esta situación y con fundamento en las normas legales correspondientes y el Acuerdo 19 de 1996, se decretó la alerta amarilla, como una medida preventiva, por el término de cuatro (4) meses.

Igualmente, agregó que la Secretaría Distrital de Ambiente, a través de la Resolución n.° 1750 de 2012,[358] definió unos lineamientos ambientales para el manejo y control adecuado y eficiente de los residuos sólidos urbanos, los que fueron comunicados a la UAESP, a la EAAB y a Aguas Bogotá,[359] con los cuales se establecieron guías para el transporte de las basuras, el control de la calidad del aire, el ruido, el manejo de vehículos, la emisión de gases, entre otros.

En segundo orden, destacó la actividad de seguimiento a través del Monitoreo y Control Ambiental en la ciudad de Bogotá, entre el 14 al 31 de diciembre de 2012, el cual estaba contenido en el documento aportado por el disciplinado, cuya elaboración fue del funcionario JULIO CÉSAR PULIDO.[360] En tal sentido y

[358] De fecha 17 de diciembre de 2012, visible en los folios 416 y siguientes del anexo n.° 33 de la actuación.
[359] Conforme a las comunicaciones visibles en los folios 440 y siguientes del anexo n.° 33 de la actuación, que tienen fecha del 21 de diciembre de 2012.
[360] Es el documento de 32 páginas, visible en los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación, aportado por el disciplinado. De él también obra una copia en los folios 431 y

una vez que mencionó los ítems objeto de seguimiento contenidos en dicho informe, señaló que la testigo SUSANA MUHAMAD confirmó que se ubicó un Puesto de Mando Unificado (PMU) en las instalaciones de la EAAB, con el fin de hacer un seguimiento en tiempo real y continuo y dar respuesta efectiva y rápida ante cualquier eventualidad.

De manera concreta, explicó que dicho seguimiento permitió establecer que a partir del 18 de diciembre, cuando la EAAB comenzó a prestar el servicio de aseo, la gestión no se tardó más de 72 horas para la recolección de la basura, por lo cual, desde el momento en que asumió la responsabilidad no incurrió en conductas que causaran un daño ambiental y, pese a la conducta asumida por los operadores privados antes de la fecha indicada.

En tal sentido, al igual que lo hizo en el escrito de descargos, precisó que las conclusiones de dicho seguimiento fueron las siguientes:

> En cuanto a la **Recolección de residuos domiciliarios**, en la operación de recolección de residuos del día 18, una vez finalizado el día, quedaron por recoger 3.000 toneladas de residuos, producto de lo que no se recogió el día 17 y de las dificultades logísticas de Aguas Bogotá antes mencionadas (incluidas las toneladas de basuras no ingresadas al relleno), ya que el día 18 solo se recogieron por cada volqueta 2,7 toneladas de residuos, frente a las 10 toneladas en promedio de vehículo compactador. Esto evidenciado en que sólo el día 18 entró al Relleno Sanitario Doña Juana, 4.173 toneladas.
>
> Así, teniendo un retraso en recolección el día 19 se proyectó que se tendría al finalizar el día unas 6000 toneladas dispuestas en calle sin recoger, un día de operación completo. **El impacto más significativo es ese instante era el visual y pasadas 48 horas se comenzaron a generar olores por la descomposición de los residuos domiciliarios**, ya que cerca del 65 - 70% de estos residuos son de naturaleza orgánica. Estos impactos se hicieron más significativos en las localidades de Teusaquillo y Chapinero ya que tuvieron los tiempos más altos de espera en la recolección.
>
> Respecto a la **Generación de vectores de enfermedades, afectación a Sumideros y Afectación a la EEP,** se puede asegurar **que no se constituyeron en impactos ambientales, sino que fueron amenazas potenciales,** por cuanto la situación se logró estabilizar, esto con base en que no se pudieron generar vectores de enfermedades, específicamente la incubación de la larva de la mosca común, por cuanto no hubo en la ciudad residuos dispuestos en la calle 72 horas; no se afectaron sumideros de agua lluvia, ni hubo desbordamiento de quebradas o canales según lo

---

siguientes del anexo 33 de la actuación, aportada por el disciplinado e igualmente citada por el señor abogado defensor.

reportado por la EAAB, y no se afectó la EEP por la coordinación de las entidades competentes y la vinculación de las comunidades de áreas aledañas, que permitieron la reacción inmediata en términos de mitigación de posibles impactos.

(…)

En relación con el **Barrido y Limpieza en Calle,** se puede asegurar, **que no se constituyeron impactos ambientales, sino que fueron amenazas potenciales,** porque según el reporte de la red de calidad del Aire de la Subdirección, presentado por la Subdirección de Calidad del Aire, Auditiva y Visual - SCAAV para el período comprendido entre el 1 y el 27 de Diciembre de 2012, sólo se han generado 5 días de excedencia de la norma, en puntos de monitoreo de estaciones de la red, en donde históricamente siempre se han presentado excedencias porque se ubican sobre vías principales, las estaciones de Carvajal, sobre la **Autopista Sur y Kennedy,** lo anterior, comparado en el mismo período de tiempo en el año inmediatamente anterior, del 1 al 27 de diciembre de 2011, el cual muestra que en el 2011 hubo más días de excedencia de la norma en estas mismas estaciones.

Es importante aclarar que las estaciones que reportan 5 días de excedencia en diciembre de 2012, están ubicadas en localidades en donde **no hubo disminución en las frecuencias de recolección, barrido y limpieza,** pues éstas son operadas por Ciudad Limpia, empresa que no tuvo cese en la operación.

De la misma forma, en Bogotá, se notifican de manera semanal por medio del Sistema de Vigilancia en Salud Pública del Distrito los casos de Enfermedad Respiratoria Aguda, en todos los grupos de edad, en el período comprendido entre el 1 y 22 de Diciembre de 2012, que corresponde a las semanas epidemiológicas 49, 50 y 51 se reportaron un total de 69541 casos de Enfermedades Respiratoria Agudas - ERA en Bogotá, comparado con el año 2011, que en el mismo período se notificaron 66816 casos, presentando un comportamiento similar entre los períodos analizados.

Finalmente, frente al **Transporte de Residuos,** se puede asegurar **que no se constituyeron impactos ambientales sino que fueron amenazas potenciales,** esto dado por la entrada de operación de Aguas de Bogotá, operador que utilizó volquetas para la recolección, los residuos no fueron compactados mecánicamente y los tiempos de residencia de los residuos fueron menores, comparados con los de los compactadores, ya que por su capacidad llegaban rápidamente a llenado completo, 2,7 toneladas frente a 10 toneladas respectivamente, que no se generaron escurrimientos, ni lixiviados en vías, que generaran un impacto ambiental.

En suma, **salvo el impacto visual y la generación de olores ofensivos en algunas zonas** de la ciudad, **no se configuró un impacto ambiental,**

> por la transición del modelo de recolección de residuos, **sino que fueron amenazas potenciales,** las cuales se atendieron debida y oportunamente por la Administración Distrital.
>
> (Negrillas utilizadas por el señor defensor. Subrayado fuera de texto utilizado por la Sala).

Además de lo anterior, el señor defensor agregó en su escrito de alegatos de conclusión que los testigos SUSANA MUHAMAD y JULIO CÉSAR PULIDO fueron contundentes en explicar que los únicos impactos detectados fueron malos olores y al paisaje, ninguno de los cuales tenía la posibilidad de generar riesgos graves a la salud, al medio o a los ecosistemas. Igualmente, que estos dos testigos manifestaron que no hubo riesgo grave al medio ambiente y a los ecosistemas, ya que no se reportaron taponamientos de canales ni quebradas por residuos sólidos y se mantuvieron parques, humedales y reservas ambientales libres de basuras.

Así mismo y a partir de la declaración de JULIO CÉSAR PULIDO, argumentó lo siguiente:

1. No hubo generación de vectores: no se detectaron la generación de vectores como moscas, las que en una ciudad con las condiciones de Bogotá, con temperaturas usualmente debajo de 18°C, requieren de alrededor 23 a 41 días de procesos de basuras y procesos de descomposición para que se pueda generar desde el huevo, etapas larvales hasta la mosca, y no hubo basura en la calle durante tanto tiempo, pues las ventanas de tiempo fueron menores y no se dieron condiciones de tiempo para que se desarrollaran en 3 días. Que tampoco se detectó evidencia de otro tipo de vectores que fueran generadores de enfermedades ni hay evidencia concreta de enfermedades ocurridas en ese periodo consecuencia de la presencia de basura en las calles.

2. No hubo mala calidad en el aire: se hizo el monitoreo permanente a la calidad del aire y se hizo control del material de arrastre y polvo, especialmente, el generado por el barrido de vías públicas, y se encontró, incluso, que la calidad del aire se ese periodo de tiempo del 2012, comparado con los mismos días de 2011, fue mucho mejor.

3. No hubo contaminación por lixiviados: estos son un producto de la putrefacción y descomposición de la basura y requieren de unas condiciones para que se genere ese lixiviado, pues es necesaria la percolación de agua y presión sobre la masa orgánica y unos procesos

de descomposición propios de los mismos que por arrastre generan ese líquido denominado lixiviado.

Sobre el tema relacionado con los lixiviados, añadió que estos no eran los líquidos que comúnmente hacían parte de las basuras, pues tenían unas características físico-químicas. Así, dijo que para «identificar unos lixiviados en cuanto a términos de límites se deben identificar una serie de atributos químicos como su PH, su conductividad, el carbón orgánico, el contenido del metales pesados, el cromo, el índice de fenoles, los análisis de aniones, cloruros, fluoruros, nitratos, cianuros, halógenos, entre otros». Por ello, dijo que el testigo PULIDO agregó que no todo lixiviado per se es un impacto ambiental, pues dependía de su toxicidad, que se puede establecer con unas pruebas que se han definido, según unos parámetros internacionales.

Por lo dicho, puntualizó que la Secretaría hizo el seguimiento de lixiviados, pero según el testigo PULIDO no se evidenció contaminación por este concepto, afirmación que concordaba con la declaración de la doctora SUSANA MUHAMAD e, incluso, con la del doctor TULIO SARMIENTO, representante legal de ASEO CAPITAL, quien había señalado que el líquido que escurre en los compactadores no puede considerarse lixiviado, pues ello solo ocurre en los rellenos sanitarios.

En tercer y último orden, el señor defensor cuestionó el dictamen pericial practicado por los funcionarios de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, conforme a las siguientes razones:

1. Se hicieron deducciones sobre la base de que existen patologías asociadas a la presencia de residuos sólidos y vectores. Que, en otras palabras, dio por probado la existencia de enfermedades por la mera inferencia y no por una prueba real y concreta.

2. Se hizo una interpretación de los artículos 41 del Decreto 948 de 1995, 51 del Decreto 605 de 1996, de la norma RAS-2000 y 49 del Decreto 1713 de 2002, haciendo solo una lectura parcial de dichas normas.

3. Llegó a conclusiones sobre las condiciones laborales sobre la base de medios de comunicación y fotos en que no se identifican claramente la información, su autenticidad y veracidad y concluyó, nuevamente por mera inferencia, los problemas que pudo tener el personal que laboró en la recolección de las basuras, sin comprobar si la inferencia era real.

4. Se refirió a los efectos negativos de la descarga de residuos sólidos a las corrientes de agua, pero no se probó que ello ocurrió entre el 18 y el 20 de diciembre de 2012.

5. Se refirió a los lixiviados, pero no se probó con soportes técnicos concretos y reales que estos se presentaron entre el 18 y el 20 de diciembre de 2012.

6. Hizo una evaluación del impacto basado en suposiciones, sin soportes reales y concretos y sin analizar y sustentar la existencia del riesgo a la salud ni al medio ambiente, llegando incluso a concluir que los impactos al suelo y al agua son irreversibles sin siquiera contar con un análisis de suelos o de las aguas que mostraran la veracidad de esa conclusión y sin demostrar que, efectivamente, se generó una emergencia a la salud pública con pruebas ciertas y reales.

Por lo tanto, precisó que dicha prueba pericial era deleznable y que no podía ser valorada, pues no estaba debidamente fundamentada y sus explicaciones era deficientes, las cuales habían sido controvertidas por el seguimiento efectuado por la Secretaría Distrital de Ambiente, el cual, a diferencia del peritaje, se soportaba en hechos verificados y no en inferencias carentes de soporte fáctico real y concreto. Para ello, trajo a colación una sentencia del Consejo de Estado relacionado con la valoración de la prueba pericial.[361]

Así las cosas, el señor defensor concluyó que las pruebas referenciadas en este acápite mostraban que no estaba probado el riesgo grave a la salud, los ecosistemas o el medio ambiente. Por el contrario, que lo que estaba probado era el señor alcalde mayor obró con toda la prudencia y cuidado, y con estricto cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, los principios de la función administrativa, y con sujeción a las normas pertinentes, para adoptar las medidas de prevención necesarias para garantizar la protección al medio ambiente y la salubridad pública durante el ingreso de la EAAB en la prestación del servicio de aseo.

Por ello agregó que la administración distrital tenía una interpretación normativa del contenido de los Decretos 1713 de 2000, 948 de 1995 y 605 de 1996 y de la norma RAS-2000 diferente de aquella que le habían dado tanto los peritos, como la Procuraduría, pero que ello no se traducía en una desatención elemental. En consecuencia, no se había configurado la culpa gravísima alegada.

[361] Sentencia del 16 de agosto de 2012 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. doctor MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

7.3.3.2 Consideraciones de la Sala.

Lo primero que debe responder la Sala es que el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, expedido por el señor alcalde mayor de Bogotá, sí originó un grave riesgo para la salud humana y medio ambiente, pues se autorizó para la prestación del servicio de aseo la utilización de vehículos volquetas, desconociéndose las normas reglamentarias sobre la materia como se vio en el numeral anterior, situación que fue una de las principales causas de la crisis que vivió la ciudad de Bogotá, al dejar de recogerse entre los días 18 y 20 de diciembre de 2012 entre 6.000 y 9.000 toneladas de residuos sólidos. Así lo acreditaron los registros de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el dictamen pericial que obra en el proceso y el mismo informe de control de monitoreo de la Secretaría Distrital de Medio Ambiente allegado por el disciplinado, en el cual se explica que esta situación obedeció a los fallos logísticos del operador público encargado de asumir la prestación del servicio de aseo.[362]

Ahora bien, otro asunto que se debe resolver es el de qué tipo de riesgo se presentó como consecuencia de la expedición de dicho acto administrativo. Para ello, el señor defensor destacó que la doctora SUSANA MUHAMAD, secretaria de Ambiente para la época de los hechos investigados, manifestó que era previsible que en una transición en la operación del servicio de aseo, sea cual sea, se pudieran presentar situaciones que generaran potenciales riesgos al medio ambiente, por lo que con la debida antelación y previos los análisis jurídicos y técnicos correspondientes se evidenció la necesidad de adoptar las medidas preventivas que garantizaran que tales riesgos no se hicieran realidad, situación que en su parecer justificó la alerta amarilla, como una medida preventiva, por el término de cuatro (4) meses.

Al respecto, la Sala discrepa de dicha apreciación, por cuanto el Decreto 570 de 2012 se expidió a escasos cuatro días del inicio del nuevo modelo implementado por el señor alcalde mayor de Bogotá y por la sencilla razón de que para esa fecha el Distrito ya había entendido que ninguna de sus entidades contaba con la capacidad técnica requerida para prestar el servicio de aseo. En consecuencia, no se puede hablar de una «debida antelación y elaboración de estudios jurídicos y técnicos» cuando durante todo el segundo semestre del año 2012 varias entidades, por escrito y en diferentes reuniones, le hicieron saber al señor alcalde mayor de Bogotá y a sus inmediatos colaboradores que las empresas del Distrito no tenían la capacidad y

[362] Confróntese con la página n.° 28 del informe de monitoreo, que corresponde con el folio 165 del anexo n.° 31 de la actuación, como pruebas aportadas por el disciplinado en su versión.

experiencia suficiente para asumir dicha responsabilidad. Es más, desde el mes de julio o agosto de 2012 así se lo hizo saber al señor alcalde mayor el mismo gerente de la EAAB DIEGO BRAVO.

En similar manera, esta testigo agregó que la Secretaría Distrital de Ambiente, a través de la Resolución n.° 1750 de 2012,[363] definió unos lineamientos ambientales para el manejo y control adecuado y eficiente de los residuos sólidos urbanos, los que fueron comunicados a la UAESP, a la EAAB y a Aguas Bogotá,[364] con los cuales se establecieron guías para el transporte de las basuras, el control de la calidad del aire, el ruido, el manejo de vehículos, la emisión de gases, entre otros.

Sin embargo, obsérvese, por una parte, que la anterior Resolución tiene fecha del 17 de diciembre de 2012,[365] mientras que, por la otra, las comunicaciones con las cuales se informaron esos lineamientos se hicieron solo hasta el día 21 de diciembre de 2012.[366] En tal sentido, si la implementación del nuevo modelo se adoptó en un Decreto de fecha 10 de diciembre de 2012 y cuya iniciación era el día 18 del mismo mes y año, no puede existir la supuesta «debida antelación» en la adopción de medidas que adujo la testigo, pues a esa fecha la crisis ya había ocurrido y solo se logró superar porque el Distrito contrató nuevamente con los operadores privados, muy a pesar de que ya se habían invertido una serie de recursos para que las empresas distritales asumieran la prestación del servicio en toda la ciudad. Por el contrario, la situación relatada por la declarante evidencia la marcada ligereza y el sinnúmero de improvisaciones que se ocasionaron por las decisiones e instrucciones del señor alcalde mayor de Bogotá.

Por otra parte, la Sala, una vez más, debe referirse al argumento del señor defensor según el cual no hubo impactos ambientales, conforme al monitoreo elaborado por parte de la Secretaría Distrital del Medio Ambiente. En efecto, en apartes precedentes se dijo que al analizar el aludido informe se llegaría a una conclusión completamente distinta a la expuesta por el señor abogado del disciplinado, por cuanto en ese mismo documento se determinó que sí hubo impactos ambientales, entre ellos los visuales y de malos olores.

Ahora bien, el gran punto de desacuerdo consiste en que para el señor defensor y algunos testigos vinculados con la administración distrital dichos impactos no fueron importantes. No obstante, para la Sala sí está acreditado que los referidos impactos ambientales sí pusieron en riesgo la salud humana y

---

[363] De fecha 17 de diciembre de 2012, visible en los folios 416 y siguientes del anexo n.° 33 de la actuación.
[364] Conforme a las comunicaciones visibles en los folios 440 y siguientes del anexo n.° 33 de la actuación, que tienen fecha del 21 de diciembre de 2012.
[365] Confróntese con los folios 416 y siguientes del anexo n.° 33 de la actuación.
[366] Confróntese con los folios 440 y siguientes del anexo n.° 33 de la actuación.

el medio ambiente, para lo cual nuevamente se deben abordar dos aspectos probatorios:

a. Análisis del documento «Monitoreo y Control Ambiental» elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá, confrontado con la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

Como se recordará, este informe tiene fecha del 14 al 31 de diciembre de 2012,[367] el cual fue entregado en la diligencia de versión libre y espontánea por parte del investigado, cuya elaboración estuvo a cargo del señor JULIO CÉSAR PULIDO, encargado del manejo del Sistema de Riesgos para el momento de los hechos y persona que fue escuchada en diligencia de declaración.

Sin embargo, debe resaltarse que en el referido documento se concluyó lo siguiente:[368]

Recolección de residuos domiciliarios	**Barrido y limpieza en la calle**	**Transporte**
1. Se presentó un **impacto** visual por no recolección de basuras. 2. Se presentó un **impacto** consistente en la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad. 3. En cuanto a generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), no se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**

Así las cosas, se tiene que frente a la primera actividad (Recolección de residuos domiciliarios) se presentaron dos impactos: uno visual y en el otro relacionado con la generación de olores ofensivos. En cuanto a la generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), el informe dijo que no se ocasionaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales». En cuanto a las dos restantes actividades (Barrido y limpieza en la calle y Transporte), el informe señaló que no se presentaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales».

[367] Confróntese con los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación.
[368] Conforme a las páginas 28, 31 y 32 del referido informe, que corresponden con los folios 165, 168 y 169 del anexo n.° 31 de la actuación.

De esa manera, debe recordarse que los resultados de dicho informe fueron los siguientes:

1. No hubo daños ambientales.

2. Se presentaron dos impactos ambientales: el primero, al que se denominó visual, por la no recolección de basuras, mientras que el segundo lo fue por la generación de olores ofensivos en algunas partes de la ciudad.

3. Se presentaron tres tipos de «amenazas potenciales», una por cada actividad (Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte).

4. El informe no definió qué es la «amenaza potencial». Solo definió los conceptos de «amenaza» y «riesgo», a partir de la Resolución 004 de 2009 del FOPAE. En cuanto a la «amenaza», señaló que era una «condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que puede causar daño a la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada. Es un factor de **riesgo** externo». (Negrilla fuera de texto). En cuanto al riesgo se dijo que era «el daño **potencial** que, sobre la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada, pueda causarse por la ocurrencia de amenazas de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que se extiende más allá de los espacios privados o actividades particulares de las personas y organizaciones y que por su magnitud, velocidad y contingencia hace necesario un proceso de gestión que involucre al Estado y a la Sociedad». (Negrilla fuera de texto).

5. Existe una equiparación entre «amenaza potencial» y «riesgo». Es decir, por cada una de las actividades, se presentó un tipo de riesgo. Ello es así por lo siguiente: (a) En la definición del concepto «amenaza» se dice que es un «riesgo externo»; es decir, la sola «amenaza» es ya, en sí misma, un riesgo; (b) En el concepto de «riesgo» se afirma que este es «potencial», cualidad que el mismo informe le da a lo que se denomina como «amenaza potencial»; (c) En el informe se dice que se presentaron tres «amenazas potenciales»; es decir, tres «riesgos externos» y además «potenciales»; por ende, existe un estrecha relación entre los conceptos de «amenaza potencial» y «riesgo».

En ese orden de ideas, el mismo documento citado por el señor defensor ratifica que durante los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá y con relación a la prestación del servicio público de aseo sí se presentó un «riesgo», consistente en la ocurrencia de dos impactos ambientales y tres riesgos por cada actividad del servicio público de aseo, entre ellas la Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte.

De esa manera, se debe recordar que los impactos ambientales del informe técnico de la Secretaría Distrital del Ambiente (que en su sentir no fueron daños ambientales) concuerdan con la mayoría de las conclusiones de la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en la cual se determinó que sí hubo impactos ambientales, asociados, entre otros, a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos, y a los demás tipos de riesgo que se presentaron, especialmente los relacionados con causas potenciales de enfermedades, los riesgos presentados por la utilización de volquetas y aquellos que pudieron ser una amenaza de contaminación del aire, el agua y el suelo.[369]

Así las cosas, el desacuerdo entre el dictamen pericial practicado por la Dirección Nacional de Investigación Especiales y el informe de Control y Monitoreo —prueba documental que allegó el disciplinado— es que en el primero se dice que «hubo un grave daño al medio ambiente», mientras que en el documento elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental se asegura que no hubo daño, sino ciertos tipos de impactos ambientales y amenazas potenciales.

Sin embargo, la conclusión razonable es que, en virtud de las dos pruebas referidas, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, el cual, para la prueba pericial, fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito.

En tal forma, conforme a esas dos pruebas referidas que obran en la actuación, está demostrado el elemento «riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente» que tiene la condición de ingrediente especial del tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. Por ello, no puede ser de recibo la tesis de que no hubo «impactos ambientales» durante los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, pues como mínimo, según las pruebas señaladas, sí hubo un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito.

[369] Confróntese con los folios 30 a 35 del anexo n.° 17 de la actuación.

b. La declaración del señor JULIO CÉSAR PULIDO, persona que elaboró el documento «Monitoreo y Control Ambiental» elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá.

Como se ha venido exponiendo, este testigo ratificó que fue él quien elaboró, en compañía de otros funcionarios, el informe presentado por el disciplinado. Así, la mayoría de sus respuestas y apreciaciones consistieron en que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no hubo impactos ambientales, salvo dos, y que las circunstancias que rodearon el inicio de la nueva prestación del servicio de aseo no fueron tan considerables como la mayoría de las autoridades lo estimaban.[370]

Sin embargo, recuérdese las respuestas ofrecidas en la última parte de su declaración:

> **PREGUNTA:** «En el informe que usted presentó, se dice que en cuanto a la recolección de residuos domiciliarios, se presentó un impacto visual por no recolección de basuras. Es lo que usted llama el riesgo o impacto de paisaje o paisajístico (…) ¿Ese impacto visual por no recolección de basuras en el componente de recolección de residuos domiciliarios fue positivo o fue negativo?» **CONTESTÓ: «Negativo». PREGUNTA:** «¿Qué tipo de intensidad, en la medida en que según registros de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, durante el 18 y 19 de diciembre se dejaron de recoger en la ciudad de Bogotá un número aproximado de 5.800 toneladas de basuras?» **CONTESTÓ:** «No tengo metodología para poder medir la magnitud». **PREGUNTA:** «En cuanto a la recolección de residuos domiciliarios, en su informe se dice: se presentó un impacto consistente en la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad. ¿Ese tipo de impacto es positivo o negativo?» **CONTESTÓ: «Negativo». PREGUNTA:** «Qué intensidad tiene el impacto consistente en la generación de olores ofensivos, teniendo en cuenta que durante los días 18 y 19 de diciembre se dejaron de recolectar un número aproximado de 5.800 toneladas de basuras?» **CONTESTÓ:** «No hay base técnica para poder hacer el cálculo».[371]

De esa manera, los dos impactos ambientales consistentes en la no recolección de basuras y los olores ofensivos, que según el informe fueron los únicos que se presentaron, tuvieron la condición de impactos «negativos», en criterio del mismo declarante. Sin embargo, otro asunto es que el ingeniero PULIDO haya dicho que «no tenía la metodología para poder medir la magnitud y que no había base técnica para poder hacer el cálculo» de esos impactos ambientales.

---

[370] Conforme a la declaración del señor JULIO CÉSAR PULIDO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[371] Ibídem. Minutos 1.13 del primer archivo de la declaración.

Por ello, la Sala quiere llamar la atención en que el testigo JULIO CÉSAR PULIDO señaló que solo era impacto ambiental aquel que por criterios de magnitud, extensión e intensidad pudiera calificarse de esa manera.[372] En tal sentido, en virtud de todas las explicaciones que ofreció este declarante y en cuanto a los impactos ambientales, ocurrió lo siguiente:

1. No se presentaron impactos ambientales, salvo el visual o paisajístico por no recolección de basuras y el impacto de olores ofensivos.

2. Los anteriores impactos fueron negativos.

3. Como no hay metodología y base técnica, no se hizo el cálculo de la magnitud de esos impactos ambientales.

4. Para determinar la calidad de impacto ambiental, se debe tener en cuenta la magnitud, intensidad y extensión.

Tal y como se ha dicho a lo largo de la presente decisión, esta explicación del testigo concuerda con algunas conclusiones del dictamen pericial elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de que sí hubo impactos ambientales, los cuales fueron de carácter negativo. Pero, para determinar si ellos son «considerables», el ingeniero PULIDO afirmó que se debía acudir a la magnitud, intensidad y extensión, algo que según él no se pudo hacer porque no había base técnica, situación sobre la cual le quiere restar trascendencia a lo ocurrido durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Pues bien, en este aspecto es donde la Sala le da crédito a la prueba pericial en el sentido de que esos impactos sí afectaron al medio ambiente, pues por la «magnitud, extensión e intensidad» —criterios esbozados por el testigo— está demostrado que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 se dejaron de recoger entre 6.000 y 9.000 toneladas de basura en la ciudad de Bogotá.

Ahora bien, el dictamen pericial no estuvo soportado en una simple «percepción» como lo dio a entender el testigo PULIDO,[373] sino en criterios técnicos, medibles y cuantificables, pues dicha experticia se basó en los informes de diferentes funcionarios que captaron en tiempo real las basuras dejadas de recoger en muchas zonas de la ciudad y principalmente en los informes que hizo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la cantidad de residuos que dejaron de ingresar al sitio de disposición final. Esta

[372] Ibídem. Minutos 1.03 del primer archivo de la declaración.
[373] Ibídem. Minuto 7 del segundo video de la declaración.

es una gran diferencia entre el dictamen pericial y el monitoreo realizado por la Secretaría Distrital del Medio Ambiente, y más cuando el testigo aclaró lo siguiente: «no tengo monitoreo del día 17 o del día 18 de cómo estaban los puntos críticos».[374] Por eso, el ingeniero PULIDO precisó que la actividad de seguimiento por la no recolección de basuras se comenzó a partir del día siguiente de la operación; es decir, desde el 19 de diciembre de 2012, y no desde el día 18 del mismo mes y año cuando se cambió el modelo de prestación del servicio.

Adicionalmente, este declarante agregó que en el componente de barrido y limpieza en las calles se dieron únicamente amenazas potenciales, reconociendo que ello era una condición de riesgo. Así, frente a la pregunta de si la amenaza potencial mencionada en el informe era sinónimo de riesgo, contestó lo siguiente:

> Voy a leerle exactamente lo que dice la norma. «**Amenaza:** condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, **que puede causar daño a la población y a sus bienes, o a su infraestructura o al ambiente.** Y Riesgo: **el daño potencial que** sobre la población, sus bienes e infraestructura **se pueden causar**». Cuando hicimos el tema de monitoreo, **lo que identificamos fueron los riesgos que podía tener Bogotá por la acumulación de basuras,** que fueron los que ya le he enlistado ampliamente, y eso fue lo que monitoreamos. **Lo que vimos es que esos riesgos latentes y las amenazas que había no llegaron a consolidarse en impacto ambiental, salvo en las dos situaciones que usted mencionó, pero no pudimos llegar al siguiente nivel que era poder identificar su intensidad y su extensión»**.[375]

Conforme a la anterior respuesta la conclusión es obvia: sí se presentaron varios riesgos por la acumulación de basuras, aunque, según el testigo, no llegaron a consolidarse en impactos ambientales, salvo las dos situaciones relacionadas con los olores ofensivos y el impacto visual, que en otros apartes de la declaración los califica como de negativos. Y de estos dos impactos, el testigo no dice que no fueron considerables o importantes, sino que no se pudieron calcular conforme a los criterios de intensidad y extensión, algo que, por el contrario, sí pudo medir el dictamen pericial que obra en el proceso.

Por tanto, debe insistirse en que aun cuando se trató de un testigo que quiso minimizar lo ocurrido durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, de su

[374] Ibídem. Minuto 1.25 del primer video de la declaración.
[375] Ibídem. Minuto 1.16 del primer video de la declaración.

declaración sí se puede corroborar que hubo riesgos considerables e impactos que afectaron el medio ambiente.

En consecuencia, no es cierto que el dictamen pericial obrante en el proceso sea «deleznable» y que mucho menos sea una prueba que no pueda ser valorada, pues, contrario a lo sostenido por el señor defensor, muchas de sus conclusiones coinciden con las afirmaciones del informe de Monitoreo y con lo relatado por el mismo testigo JULIO CÉSAR PULIDO.

Además, resulta equivocado desestimar una prueba al decir que muchas de sus conclusiones se hayan basado en lo que registraron «medios de comunicación» y en unas fotos en las que no se identifica «claramente la información, su autenticidad y veracidad», cuando lo cierto que en el anexo n.° 7 de la actuación reposan un sinnúmero de fotografías y videos que varios funcionarios obtuvieron en tiempo real sobre los hechos sucedidos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Ciertamente, resulta exiguo el argumento de que se insinúe que dichos medios no son «auténticos o veraces», cuanto esos mismos hechos fueron de conocimiento de la toda la ciudadanía y de diferentes autoridades públicas, entre ellas el señor defensor del Pueblo, quien junto a su queja allegó un CD en el que se registra la misma información de lo ocurrido.

Ahora bien, si queda alguna duda sobre la autenticidad o veracidad de los registros de los hechos sucedidos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, para ello es bastante ilustrativo el testimonio del experto y consultor del Distrito DARÍO ARTURO BELTRÁN, quien ratificó que lo ocurrido en la ciudad de Bogotá fue un «desastre» en la prestación del servicio de aseo,[376] calificación que ya había dado en otra diligencia de declaración.[377] Sobre este aspecto, este testigo precisó que la situación ocurrida durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 «no fue un traumatismo normal». Por el contrario, que un «traumatismo normal era que se quedaran sin atender algunas rutas o que se dejaran de recoger algunas cantidades inferiores como quinientas (500) toneladas de basuras, por ejemplo, o un diez por ciento, pero no seis mil (6000) toneladas, como pasó en la ciudad de Bogotá».[378]

Así las cosas, las pruebas obrantes en el proceso sí prueban el riesgo grave para la salud y el medio ambiente que se originó por haberse dejado de recoger

---

[376] Confróntese con los minutos 35 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

[377] Ver la declaración del señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, rendida en la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, de fecha 22 de agosto de 2013, visible en los folios 140 a 142 del anexo n.° 37 de la actuación. De esta declaración se ratificó en el testimonio rendido en este proceso, conforme al minuto 37 del DVD en el que reposa su declaración. (Anexo n.° 42 de la actuación).

[378] Confróntese con los minutos 43 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

considerables cantidades de residuos sólidos en la ciudad de Bogotá, situación que se dio por las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá, entre ellas el haber permitido la utilización de volquetas en virtud de la expedición del Decreto 570 de 2012.

Y frente a ello, la Sala concluye que el disciplinado sí actuó con culpa gravísima, pues el señor alcalde mayor de Bogotá desde antes de adoptar la decisión sabía que para la prestación del servicio de aseo se necesitaban vehículos compactadores, situación que él mismo se la refirió al entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO en los meses de julio y agosto de 2012. Así mismo, su formación profesional y su ocupación en el cargo en una de las máximas dignidades dentro de la Estructura del Estado le hacían saber que era un deber cumplir con las normas contenidas en el ordenamiento jurídico, entre ellas los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002 que exigían para la prestación del servicio de aseo el uso de vehículos compactadores. Igualmente, no hay dudas de que la facultad de expedir el Decreto sobre el cual se atribuye la falta disciplinaria era una función eminentemente reglada, más cuando se trataba de dos normas de alcance nacional que reglamentaban las condiciones en las que se tenían que prestar el servicio de aseo, de las cuales ni siquiera se hizo mención alguna en el Decreto 570 de 2012.

Por tanto, si la supuesta analogía y la posibilidad de utilizar volquetas en remplazo de los vehículos compactadores expuesta por la defensa y algunos testigos ―con base a una norma excepcional contenida en el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002― fuera cierta, lo apenas lógico era que el Decreto 570 de 2012 se hubiera soportado en dicha norma, aspecto que por ningún lado evidencia la Sala, por lo cual, la imputación subjetiva de esta falta no obedece a «una interpretación normativa **diferente** de los Decretos 1713 de 2000 y 948 de 1995», como lo concluyó el señor abogado defensor, sino concretamente a su total desconocimiento.

7.3.4 Argumentos presentados a modo de conclusión y respuesta de la Sala Disciplinaria.

En síntesis, el señor abogado defensor puntualizó, por una parte, que no se había tipificado la falta imputada, pues no se expidió un decreto con desconocimiento o vulneración de las normas constitucionales o legales, ni que el Decreto 570 de 2012 originó un riesgo grave a la salud, los ecosistemas o el medio ambiente.

Por la otra, reiteró que no era posible establecer una falta disciplinaria sobre la supuesta vulneración de un principio, para lo cual nuevamente acudió a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005.

De ese modo, sostuvo que no existió la prohibición legal alegada por la Procuraduría, que no se produjo un riesgo grave y que se obró con toda la diligencia debida.

Al respecto, la Sala responde que sí se tipificó la falta contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, pues se expidió un decreto con desconocimiento de las normas constitucionales y legales que regían la materia, entre ellas las mismas disposiciones en las que se basó el disciplinado para proferir dicho acto administrativo, entre las cuales se destacan los artículos 49, 79 y 80 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 65, numeral 9, y 66 de la Ley 99 de 1993; los artículos 35 y 38, numeral 18, del Decreto Ley 1421 de 1993; el artículo 15 del Acuerdo 19 de 1996 y el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, normas que hicieron parte del cargo formulado.

Además, al permitir el señor alcalde mayor el uso de volquetas para la prestación del servicio de aseo, circunstancia que fue una de las causas de la grave crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, sí se originó un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente, por cuanto se dejaron de recoger entre 6.000 y 9.000 toneladas de residuos sólidos aproximadamente, situación que sí generó riesgos e impactos ambientales.

Por otra parte, la Sala debe recordar que la sentencia C-818 de 2005 se refirió única y exclusivamente al estudio de la constitucionalidad del numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por lo cual dicho pronunciamiento tampoco sería aplicable para el análisis del tercer cargo formulado. Sin embargo, conforme a un interpretación extensiva y analógica, se debe llamar la atención en que la aludida sentencia declaró la constitucionalidad de dicha falta disciplinaria, bajo el entendido de que «la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios».

En el presente caso, la concreción de la falta se determinó con la expedición del Decreto 570 de 2012 por parte del disciplinado, en la medida en que al haber autorizado la utilización de vehículos volquetas ello no estaba conforme a los requisitos establecidos en dos decretos nacionales, los cuales determinaban que para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá debían utilizarse vehículos compactadores.

Por lo tanto, la conclusión es que el tercero de los cargos formulados no fue una simple «interpretación diferente» por parte de la Procuraduría, pues las normas reglamentarias exigían la utilización de vehículos con determinadas especificaciones técnicas para la prestación del servicio de aseo, situación de la

cual la Sala no encuentra cuál otra interpretación razonable pudiera hacerse frente a algo que apenas era obvio y necesario en la capital de la República. Esta afirmación es tan cierta, que el mismo informe de la Secretaría Distrital del Medio Ambiente aportado por el disciplinado estableció que la no recolección de los residuos domiciliarios, quedando por recoger 3.000 toneladas para el día 18 de diciembre de 2012, obedeció a las «dificultades logísticas de Aguas Bogotá» por haberse utilizado volquetas, ya que este automotor «recogía 2,7 toneladas de residuos, frente a las 10 toneladas que en promedio recogía un vehículo compactador».[379]

Así mismo, no puede aceptarse la tesis de la «interpretación diferente» para desvirtuar la culpa gravísima, pues esta está soportada en varios indicios que obran en el expediente, entre ellos el que el señor alcalde mayor de Bogotá tenía la capacidad para entender que para la prestación del servicio público de aseo tenían que utilizarse vehículos compactadores, pues, entre otras cosas, el disciplinado estuvo al tanto de la importación de los vehículos alquilados con el gerente de la EAAB DIEGO BRAVO, aunque fue una medida que no sirvió para resolver la crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá en el mes de diciembre de 2012.

De la misma manera, su formación profesional y el cargo que ocupaba son indicativos de que el disciplinado podía comprender que para prestar el servicio de aseo se tenían que utilizar vehículos con dichas condiciones reglamentarias, por lo que este era un aspecto sustancial a tener en cuenta antes de proferir el acto administrativo que autorizó el uso de vehículos tipo volqueta. Además, teniendo en cuenta que la forma de prestar el servicio de aseo es un asunto reglado, para la Sala los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002 fueron desconocidos manifiestamente, pues ni siquiera fueron tenidos en cuenta en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, como para pensar en la posibilidad de una errada interpretación. Por el contrario, estos decretos eran disposiciones específicas que tenían un carácter de norma nacional, que estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y que, incluso, se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá.[380]

---

[379] Confróntese con el documento denominado «Monitoreo y Control Ambiental», que corresponde a un informe técnico sobre el seguimiento realizado por la Secretaría Distrital Ambiental a «las medidas adoptadas por el nuevo modelo de prestación de servicio público domiciliario de ase en Bogotá». Este informe tiene fecha del 14 al 31 de diciembre de 2012, el cual se encuentra en los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación, el cual fue entregado en la diligencia de versión libre y espontánea. Ver específicamente la página 28 de dicho informe, que corresponde al folio 165 del anexo n.° 31, en donde se destaca la falla del operador público.

[380] Confróntese en http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1479 y http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5542

A todo lo anterior debe agregarse que la utilización de volquetas no solo ocurrió durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, sino que su utilización por parte del operador público se dio dentro de todo el término fijado en el Decreto 570 de 2012, el cual fue de cuatro meses, y tres meses más, una vez expiró dicho término, en la medida en que el uso de dichos automotores «anti-reglamentarios» se prolongó hasta el mes de julio de 2013, tal y como se encuentra demostrado por el oficio suscrito por el entonces gerente de la empresa Aguas de Bogotá.[381]

7.4 Argumentos comunes a los tres cargos formulados

7.4.1 Sobre los medios de prueba

7.4.1.1 Argumentos de defensa.

El señor defensor reiteró que las noticias registradas en los medios de comunicación que sirvieron de soporte al pliego de cargos y al dictamen pericial no son medios de prueba idóneos, conforme lo establecía la jurisprudencia del Consejo de Estado por el citada en sus escritos de descargos.

Así mismo, que tampoco podía darse valor a la grabación aportada por el doctor TULIO SARMIENTO, dado que no había prueba de su autenticidad, según lo previsto en el artículo 252 del C. P. C., pero que si, en gracia de discusión, la Procuraduría le diera tal valor, debía tenerse presente que esa grabación no era del señor alcalde y que en parte alguna de ella se prohibió ingreso al relleno sanitario.

7.4.1.2 Consideraciones de la Sala.

Frente al primer cuestionamiento, la Sala debe reiterar que las noticias registradas en los medios de comunicación fueron un elemento adicional de análisis, cuyos hechos consistieron en situaciones de público y notorio conocimiento, anuncios del Distrito y entrevistas públicas, entre otras, las cuales no solo fueron recaudadas por los medios de prensa, sino por autoridades públicas que interpusieron quejas directas contra el señor alcalde mayor de Bogotá, como sucedió con el señor defensor de Pueblo.

[381] Confróntese con los folios 1670 a 1698 del cuaderno original n.° 6 de la actuación. Específicamente el folio 1697, en donde se dijo lo siguiente: «Es de anotar que la empresa utilizó volquetas para la ciudad de Bogotá hasta el mes de julio de 2013». Este informe fue suscrito por RICARDO AGUDELO SEDANO, gerente de la empresa Aguas de Bogotá.

Sin embargo, cada circunstancia de tiempo, modo y lugar que sirvió para fundamentar cada una de las imputaciones fácticas están demostradas por el sinnúmero de pruebas documentales y buena parte de los testimonios que fueron recaudados en el presente proceso.

De igual forma, se demostró que el dictamen pericial sí fue una prueba idónea, pertinente, conducente y útil, en la medida en que muchas de sus conclusiones coincidieron con las afirmaciones del informe de Monitoreo de la Secretaría Distrital del Medio Ambiente y las explicaciones del ingeniero JULIO CÉSAR PULIDO. Adicionalmente, respecto de la prueba pericial los señores abogados en su momento pidieron aclaraciones del dictamen, las cuales fueron resueltas,[382] pero nunca objetaron dicha experticia.

En cuanto a la grabación aportada por el doctor TULIO SARMIENTO, respecto de la cual el señor defensor dijo que no había prueba de su autenticidad, la Sala estima que dicha prueba fue innecesaria, por cuanto el objeto del aludido medio probatorio consistía en que a los operadores privados se les prohibió el ingreso al relleno sanitario a partir del 18 de diciembre de 2012, situación que está suficientemente acreditada con las pruebas testimoniales y con los mismos artículos del Decreto 564 de 2012 que impusieron una serie de restricciones y limitaciones al principio de libertad de empresa en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

7.4.2 Intrusión indebida en las competencias del Distrito y margen de interpretación normativa del funcionario público.

7.4.2.1 Argumentos de defensa.

El señor defensor afirmó que la Procuraduría hizo varias manifestaciones en el pliego de cargos sobre la forma en que el Distrito podía dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional, frente a lo cual reiteró lo consignado en el escrito de descargos, considerando que era una intrusión a la autonomía de la entidad territorial que la Procuraduría le indicara al señor alcalde mayor como, en su parecer, debió abordar el desarrollo y ejecución del plan de inclusión de la población recicladora.

Así mismo, que la Procuraduría no estaba llamada a coadministrar ni tenía la potestad de decidir cuál era la manera en qué debía actuar el Distrito en el ejercicio de sus competencias, en tanto que ellas se ejercían dentro del ordenamiento jurídico y bajo los principios de autonomía y descentralización contemplados en el artículo 1.° de la Constitución Política.

[382] Confróntese con los folios 37 a 52 del anexo n.° 17 de la actuación.

Por otra parte, el señor defensor reiteró que los funcionarios administrativos, en el ejercicio de sus funciones, tenían un margen de interpretación razonable de la Constitución y la ley, así como de la forma en que, dentro del marco jurídico, debía ejercer sus atribuciones y dar cumplimiento a sus funciones.

Por ello, concluyó que, como quedó visto a lo largo del escrito de alegatos, las actuaciones del doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en calidad de alcalde mayor de Bogotá, estaban ajustadas a derecho, pero que era la Procuraduría la que hacía una particular interpretación de las actuaciones y decisiones del disciplinado, desconociendo que ellas podía ser objeto de otra interpretación y lectura razonable.

7.4.1.2 Consideraciones de la Sala.

De la misma forma como se respondieron algunos argumentos de descargos, la Sala debe insistir en que es cierto que el funcionario administrativo tiene un margen de interpretación razonable conforme a lo establecido en la Constitución y en la ley. Pero esto no significa que dicho margen de interpretación se pueda equiparar con el desconocimiento de las cuestiones básicas de la función administrativa, en especial cuando ellas están relacionadas en el cumplimiento de las reglas contractuales, constitucionales, y las concernientes con el medio ambiente.

En tal sentido, no es cierto que los asuntos relacionados con la presente actuación disciplinaria no tenían «regulación en forma precisa y concreta», pues los contratos interadministrativos los debe suscribir las autoridades con entidades que tengan la experiencia y capacidad mínima requerida, para cumplir con las obligaciones derivadas con dicho acuerdo de voluntades, tal y como lo disponen las normas del estatuto de contratación. Así mismo, el principio de libertad de empresa no solo está contenido en la ley de servicios públicos, sino que es un principio de orden constitucional de ineludible cumplimiento. Por ello se presentó un excepcional esfuerzo de todas las entidades para prevenir y alertar al señor alcalde mayor de Bogotá de que con sus decisiones posiblemente se iba a afectar dicho principio, advertencias que provenían de entidades especializadas como lo era la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Igualmente, además de la normatividad reglamentaria que existía sobre la materia, la lógica y el sentido común indicaban que el servicio público de aseo en la capital de la República tenía que prestarse con automotores especiales como los vehículos compactadores, como desde años atrás se venía haciendo.

Por otra parte, debe recordarse que desde el primer semestre del año 2012 y de manera constante en el segundo semestre del mismo año varias entidades del orden nacional y distrital dirigieron sus esfuerzos para hacerle saber a la

administración de Bogotá, en cabeza de su alcalde mayor, que la decisión de asignar la prestación del servicio de aseo a entidades del distrito era a todas luces equivocada. En efecto, los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 así lo demostraron. Adicionalmente y al margen de la grave crisis que enfrentó la ciudad, la administración distrital cometió una serie de irregularidades y desgastes administrativos que significaron la inversión de cuantiosos recursos innecesarios; incluso, hoy en día, la flota de compactadores y demás vehículos adquiridos por el Distrito está en alto riesgo de perderse, situación que de llegarse a presentar acrecentaría las nocivas consecuencias en virtud de las decisiones tomadas por el mandatario distrital.

Por su parte, la supuesta «interpretación diferente y razonable» por parte de algunas autoridades judiciales administrativas, que negaron la medida de suspensión provisional del Decreto 564 de 2012, estaría únicamente relacionada con el segundo cargo formulado. No obstante, se ha explicado que ese análisis es diferente a la comprobación de la responsabilidad disciplinaria, entre otras razones porque la verificación de la legalidad de un acto administrativo obedece a una lógica distinta, en la medida en que dicha jurisdicción es rogada y la presunción de legalidad del acto atacado depende necesariamente de los planteamientos expuestos en las respectivas demandas.

En ese orden de ideas, no es cierto, entonces, que los reproches formulados al disciplinado se hayan equiparado a la «forma como debió actuar la administración distrital y, en particular, el disciplinado», pues de lo que se trató fue de una acusación soportada en todos los medios de prueba allegados en la actuación, que efectivamente concordaron con los señalamientos efectuados en las múltiples quejas de ciudadanos y diferentes autoridades, por considerar que las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá habrían sido irregulares con graves consecuencias adversas para la ciudad capital.

7.4.3 Causales de exclusión de responsabilidad

7.4.3.1 Argumentos de defensa.

Sin ahondar en mayores explicaciones, el señor defensor puso nuevamente en consideración de la Procuraduría las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en los numerales 2 y 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

7.4.3.2 Consideraciones de la Sala.

Nuevamente se hace necesario explicar que frente a la primera causal de ausencia de responsabilidad referida no se advierte ninguna relación entre las decisiones tomadas por el señor alcalde mayor de Bogotá con los supuestos

deberes más importantes que cumplió relacionados con garantizar la prestación del servicio de aseo y con las órdenes dadas por la Corte Constitucional.

Los hechos y medios de prueba revelan que con la decisión de asignar el servicio de aseo a unas entidades del Distrito sin experiencia y sin capacidad no se garantizó su correcta prestación, sino que, por el contrario, se generó una grave crisis en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y que en los meses posteriores se mantuvo una deficiente e incorrecta prestación del servicio mientras el operador público se vio obligado a seguir utilizando vehículos tipo volquetas. Además, debe insistirse en que hoy en día está en riesgo de que la ciudad continúe perdiendo cuantiosos recursos en la medida en que la flota de compactadores está en alta posibilidad de que colapse.

Por su parte y como se ha indicado a lo largo de la presente decisión, la Sala tampoco encuentra la relación pretendida por los sujetos procesales entre las decisiones adoptadas por el señor alcalde mayor de Bogotá con las órdenes dadas por la Corte Constitucional. En efecto, esta corporación judicial dispuso incluir a la población recicladora en un modelo que se considera pertinente, pero en ningún momento lo «pertinente» era sinónimo de «por fuera del marco jurídico» y concretamente de asignar el manejo y responsabilidad del servicio a entidades sin experiencia y capacidad y, por si fuera poco, con restricciones al principio de libertad de empresa.

La prueba de que no era necesario adoptar este tipo de decisiones para incluir a la población recicladora está soportada en varias cuestiones: 1. Se podía remunerar la actividad del reciclaje desde antes de la adopción del nuevo modelo transitorio, tal y como lo venía exponiendo un experto comisionado de la CRA; 2. Solo hasta el 2013 se obtuvo un proyecto de resolución para poder remunerar de forma completa la actividad de reciclaje; 3. Varias acciones afirmativas eran de carácter progresivo, como inclusive lo relató la entonces directora de la UAESP, al punto que hasta hace poco el seguimiento de las metas va en un 42% de cumplimiento; 4. Otras acciones afirmativas no dependían de la implementación de uno u otro modelo; 5. La inclusión de la población recicladora no se excluye en la aplicación del régimen de libertad de empresa, tal y como lo explicó el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS; y 6. Tal vez la razón más importante y que parte de una hipótesis: si en la ciudad de Bogotá no hubiese existido un operador público como la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá, de todas maneras era necesario incluir a la población recicladora, reconociendo y dignificando su labor a través de la implementación de acciones afirmativas, pero sin afectar otros pilares esenciales del ordenamiento jurídico, entre ellos los relacionados con la contratación pública, el principio de libertad de empresa y la garantía de preservación de la salud humana y el medio ambiente.

Por lo dicho, no es procedente la colisión de deberes funcionales propuesta por el señor defensor y menos que a modo de complemento se diga que en la ciudad de Bogotá se presentó un «estado de necesidad», pues las excepcionales circunstancias a las que fue expuesta la ciudad capital ocurrieron por cuenta de las decisiones de su alcalde mayor, muy a pesar de las múltiples recomendaciones que con tanto esfuerzo y dedicación hicieron varias entidades del orden nacional y distrital.

Un argumento adicional para desvirtuar cualquier relación entre las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá con las órdenes dadas por la Corte Constitucional: el Distrito se vio obligado a contratar nuevamente con los operadores privados, y esta situación en nada impidió que se remunere la actividad de aprovechamiento, que se construyan los centros de acopio y reciclaje, que se siga censando a esta población vulnerable y que se tomen todas las medidas y acciones tendientes a dignificar esta noble labor, tal y como parece que hasta ahora se ha venido haciendo, a pesar de que el cumplimiento de metas no alcance todavía al cincuenta por ciento, situación que obedece precisamente a su progresividad.

Por su parte, recordemos que la segunda causal de ausencia de responsabilidad debe necesariamente partir de la idea de que el disciplinado sí infringió sus deberes funcionales, solo que mediando un error invencible para desvirtuar cualquier asomo de responsabilidad, en la forma como lo propone el señor abogado defensor. Para ello, destacó que el disciplinado «habría obrado con la total y plena convicción de que sus decisiones y actuaciones se ajustaban íntegramente a las disposiciones constitucionales y legales aplicables».

Sin embargo, esta tesis tampoco puede ser de recibo, pues no puede mediar un error en el proceder de un servidor público cuando durante todo el segundo semestre del año 2012, por escrito, en reuniones y en virtud de diferentes controles políticos, se le prevenía directamente al disciplinado y a través de sus funcionarios directivos que sería irregular asignar la prestación del servicio de aseo a un operador público sin experiencia y capacidad mínima y que la exclusividad en el manejo de este servicio podía afectar principios como el de la libertad de empresa.

En tal forma, es impensable que frente al sinnúmero de advertencias y recomendaciones que hicieron varias entidades, respecto de las cuales los sujetos procesales en otros apartados cuestionan, controvierten y hasta califican de erradas y equivocadas, se proceda a reconocer un error, en la medida en que está demostrado con creces la representación que tuvo el señor alcalde mayor de Bogotá frente a las consecuencias que traería la adopción de sus decisiones. Incluso, tal error queda completamente desvirtuado cuando en otros apartados el disciplinado afirmó que su proceder tuvo por finalidad

«descartelizar un grupo de contratistas», objetivo que si se confronta con los medios de prueba obrantes en la actuación corresponde a que el acalde mayor siempre orientó su voluntad a que las empresas del Distrito tenían que asumir a como diera lugar la prestación del servicio, sin importarle que debían respetarse los pilares básicos de la contratación estatal y principios constitucionales tan elementales como el de la libertad de empresa.

7.4.4 Argumentos expuestos por el disciplinado en la versión libre.

En el numeral 7 del escrito de alegatos de conclusión, el señor defensor allegó, entre otros documentos, una copia de los DVD de la versión libre y espontánea rendida por el doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO de la presente actuación.

Así las cosas, dado que es obvio que estas diligencias ya obraban en el expediente y que el señor defensor no hizo ninguna mención expresa con estos medios que adjuntó como anexo, la Sala considera necesario que a esta altura procesal se respondan nuevamente los argumentos expuestos en dicha oportunidad, en la medida en que en la etapa del juicio se practicaron un considerable número de pruebas.

7.4.4.1 «Satanización» de que las entidades públicas prestaran el servicio de aseo e importancia del tratamiento de los residuos sólidos a través del modelo de aprovechamiento.

7.4.4.1.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado señaló que respondería las quejas que obraban en la actuación. Para ello, efectuó una introducción acerca del contexto normativo de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. Así, luego de que recordó el contenido de los artículos 365 y 366 de la Constitución Política de Colombia y de hacer mención al bloque de constitucionalidad, afirmó que las quejas habían «satanizado» el hecho de que una entidad pública prestara el servicio de aseo; que las quejas afirmaban que esta prestación del servicio por parte de entidades del Estado, en este caso el Distrito de Bogotá, era ilegal. Precisó que los artículos de la propia Constitución permitían la prestación de los servicios públicos por parte de entidades del Estado, así como parte de comunidades organizadas o particulares. Agregó que el artículo 49 de la Constitución establecía como derecho la salud y el saneamiento ambiental. A partir de allí expuso la importancia sobre los residuos que derivaban de la actividad humana. Que por esta razón era importante la intervención y la regulación por parte de las entidades del Estado. Que por todas estas razones

en el Decreto 564 de 2012 se había reconocido que el agua potable y el saneamiento básico eran derechos fundamentales.[383]

En un aparte posterior de la versión, reiteró que, pese a lo establecido en la Constitución sobre el derecho al saneamiento, ha existido un vacío normativo para el derecho a saneamiento básico y el tratamiento de los residuos sólidos y para la inclusión de la población recicladora, quienes cumplían actividades precisamente para garantizar esos derechos. Que eso se llenó a partir del plan de Desarrollo y de las órdenes de la Corte Constitucional, pero sin contrariar la ley. Sobre este aspecto afirmó que había un prejuicio al creer que al aplicar las órdenes dadas por el auto n.° 275 de la Corte Constitucional se había escogido un modelo de prestación del servicio público de aseo contrario a la legislación. Que esa nunca fue la pretensión de la Alcaldía y que los hechos así lo demostraban. En síntesis, que el escoger un modelo de prestación de servicio con un operador público «sin exclusividad» eso no era contrario al ordenamiento jurídico.[384]

Así mismo y luego de que resaltó la importancia de los residuos y que los diferenció entre líquidos y sólidos, señaló que habían dos sistemas para el tratamiento los residuos sólidos: 1. Recoger, trasladar y efectuar el depósito final en el relleno sanitario, conocido como el sistema de RBL; y 2. El del aprovechamiento de los residuos, que no se concebía como depósito final sino que se utilizaran los residuos como materias primas. Que en cuanto al primer sistema se creía equivocadamente que se cumplía con el derecho al saneamiento básico en Colombia, mientras que el segundo sistema sí era el adecuado para el manejo de residuos, y que este modelo fue el que se propuso en su programa de gobierno, conocido como el «Basura Cero», aprobado por el Concejo Distrital en la Plan de Desarrollo «Bogotá Humana». Que este sistema era adecuado a los nuevos estándares mundiales con el éxito de utilizar los residuos al cien por ciento.[385]

7.4.4.1.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, para la Sala no es cierto que se haya «satanizado» el hecho de que una entidad pública prestara el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, pues conforme a la misma normatividad constitucional y legal traída a colación

---

[383] Confróntese con el minuto 9 al minuto 19 del primer DVD de la versión. (Primer archivo).
[384] Confróntese con el minuto 35 al minuto 44 del primer DVD de la versión. (Primer archivo).
[385] Confróntese con el minuto 19 al minuto 23 del primer DVD de la versión. (Primer archivo). Sobre los modelos de RBL y aprovechamiento y relacionado con las órdenes dadas por la Corte Constitucional, nuevamente se refirió a estos aspectos en los minutos 1.11 del segundo archivo de este primer DVD de la versión.

por el disciplinado las entidades públicas podían prestar cualquier servicio público, en el presente caso en el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

Sin embargo, esta prestación del servicio de aseo, como la de cualquier otro servicio público, debía regirse conforme a lo requerido por el ordenamiento jurídico. En efecto, para la Sala era necesario, por una parte, que la empresa del Distrito que fuera asumir la prestación del servicio de aseo tuviera la idoneidad, solvencia financiera, capacidad técnica y experiencia requerida.

Sobre estos aspectos, quedó demostrado que la empresa Aguas de Bogotá tenía problemas financieros, tal y como lo refirió el mismo disciplinado en su diligencia de versión. Así mismo, quedó demostrado que ni la EAAB ni la empresa Aguas de Bogotá tenían la idoneidad, capacidad técnica y experiencia requeridas.

Ninguna de las anteriores empresas habían prestado el servicio de aseo y tampoco contaban con los medios técnicos mínimos requeridos, entre ellos los vehículos compactadores para la prestación del servicio. Sobre dicha falta de experiencia, coincidieron los testimonios de CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, funcionario de la misma EAAB, y DARÍO ARTURO BELTRÁN, consultor del Distrito y experto en el servicio público de aseo por más de veinte años.

De igual forma, la constante improvisación en los anuncios del Distrito no guardaron coherencia con los supuestos estudios que se efectuaron para definir cuál era la empresa idónea que podía prestarlo: primero, se anunció que se iba a crear una empresa pública; después, que la empresa idónea era la EAAB, para lo cual, a escasos días del inicio de operaciones, se modificó su objeto social; posteriormente y al tiempo en que se llevaron a cabo varios trámites contractuales para conseguir los vehículos compactadores, se decidió que quien efectuaría la operación sería la empresa Aguas de Bogotá; y, finalmente, el 17 de diciembre de 2012, un día antes de la operación, la UAESP decretó la urgencia manifiesta para celebrar nuevamente contratos con los operadores privados, ante evidente incapacidad de las entidades públicas.

Además, conforme a las pruebas practicadas en juicio debe tenerse en cuenta los dos contratos de consultoría que se firmaron con el señor DARÍO ARTURO BELTRÁN, en donde el objeto de uno de ellos estuvo listo a escasos días de comenzar el nuevo modelo, cuyos productos no se utilizaron según este testigo, mientras que el objeto del segundo contrato se inició a partir del día 25 de diciembre de 2012, situación que corrobora la constante improvisación.

Por la otra, quedó suficientemente claro que al señor alcalde mayor de Bogotá no le estaba permitido que a través de un Decreto reglamentario afectara la libertad de empresa, impidiendo que otros operadores, privados o públicos,

pudieran prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en igualdad de condiciones. Como quedó establecido en la segunda falta disciplinaria cometida las reglas que se fijaron en el Decreto 564 de 2012 originaron que empresas distintas al operador público no pudieran prestar el servicio en la ciudad capital y en igualdad de condiciones. No obstante, debido a la incapacidad de las empresas del Distrito y producto de la urgencia manifiesta, los operadores privados vía subcontratación prestaron el servicio de aseo en días posteriores al 18 de diciembre de 2012, situación que en todo caso no restableció la garantía del principio de libertad de empresa, pues lo que hicieron las entidades del Distrito fue valerse de los operadores privados para poder cumplir con los objetos de los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012.

De tal modo, en virtud de los anteriores contratos, la administración distrital podía imponer las condiciones para el porcentaje de la prestación del servicio y el plazo, pues era claro que, a medida que se fueran resolviendo los grandes inconvenientes de la capacidad técnica y operativa de las empresas del Distrito, estas irían aumentando su porcentaje de participación y correlativamente harían disminuir la prestación del servicio por parte de los operadores privados. Así quedó demostrado con los mismos informes que envió la entonces directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN y conforme a las explicaciones dadas en su declaración.

Así las cosas, el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 sí estableció la «exclusividad» en la prestación del servicio de aseo que pretendía la administración distrital desde la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012 celebrado entre la UAESP y la EAAB, y desde el momento mismo en que el señor alcalde mayor de Bogotá le dio precisas instrucciones al señor gerente de la EAAB DIEGO BRAVO. La muestra de las varias limitaciones que se impusieron en dicho acto administrativo consistieron en la exigencia de un contrato suscrito con la UAESP o con la EAAB y a las condiciones para el acceso al relleno sanitario Doña Juana, tal y como se estableció en los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 de 2012 y como lo relataron los testigos TULIO EDUARDO SARMIETO y ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO.

Y en segundo lugar, a pesar de la importancia sobre el manejo de los residuos sólidos, la Sala no encontró la relación entre el cumplimiento de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora ordenadas por la Corte Constitucional con la decisión del disciplinado de asignar todo el manejo y responsabilidad a un operador público, conforme a las varias razones que fueron expuestas al momento de responder los descargos y alegatos de conclusión.

7.4.4.2 Órdenes dadas por la Corte Constitucional, inclusión de la población recicladora y la actividad del reciclaje como la fórmula más acorde para el tratamiento de los residuos sólidos.

7.4.4.2.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado afirmó que la Corte Constitucional, al momento de efectuar la revisión de los procesos licitatorios que se adelantaban en la ciudad de Bogotá en cuanto a la prestación del servicio público de aseo, había concluido que se habían vulnerado los derechos de la población recicladora de la ciudad de Bogotá. Por ello, afirmó que la ciudad capital estuvo durante una década con un estado de cosas inconstitucional. Que una de las razones era porque no se había incluido a la población recicladora en condiciones materiales de igualdad y sin que fueran remunerados, cuando precisamente estas personas se dedicaban a labores de aprovechamiento de residuos sólidos. Que su gobierno atendió las órdenes dadas por la Corte Constitucional y que la posición de la Corte estaba ligada a los conceptos planteados en el programa «Basura Cero». Que la Corte no solo analizó la discriminación de ese grupo poblacional sino que, al mismo tiempo, potenció una visión del tratamiento de los residuos sólidos mucho más acorde, como lo era el reciclaje. Que, por todo ello, la ciudadanía, por voto popular, había escogido cambiar el modelo de aseo: del tradicional, profundamente reglado, como lo era el RBL, por el de la utilización y aprovechamiento, tal y como se había concebido en el programa de «Basura Cero». Por esta razón, le solicitó a la Sala que se tuviera en cuenta «la claridad sobre los móviles que estaban detrás del acalde y la administración alrededor de estas temas», ya que las decisiones de la administración estaban fundamentadas en el programa de gobierno y las órdenes de la Corte Constitucional.[386]

7.4.4.2.2 Consideraciones de la Sala.

Es cierto que la Corte Constitucional encontró que durante una década en la ciudad de Bogotá se vulneraron los derechos de la población recicladora al no incluirlos en las actividades del servicio público de aseo, y que tal afectación debía corregirse por las autoridades distritales en cabeza del acalde mayor de Bogotá.

Sin embargo, no se encontró una explicación en que la única forma de incluir a la población recicladora en el servicio público de aseo fuera contratando con entidades del Distrito totalmente incapaces desde el punto de vista técnico y operativo y sin la experiencia requerida. Varias razones así lo demostraron: 1. Se podía remunerar la actividad del reciclaje desde antes de la adopción del

[386] Confróntese con el minuto 23 al minuto 35 del primer DVD de la versión. (Primer archivo).

nuevo modelo transitorio, tal y como lo venía exponiendo un experto comisionado de la CRA; 2. Solo hasta el 2013 se obtuvo un proyecto de resolución para poder remunerar de forma completa la actividad de reciclaje; 3. Varias acciones afirmativas eran de carácter progresivo, como inclusive lo relató la entonces directora de la UAESP, al punto que hasta hace poco el seguimiento de las metas va en un 42% de cumplimiento; 4. Otras acciones afirmativas no dependían de la implementación de uno u otro modelo; 5. La inclusión de la población recicladora no se excluye en la aplicación del régimen de libertad de empresa, tal y como lo explicó el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS; y 6. Tal vez la razón más importante y que parte de una hipótesis: si en la ciudad de Bogotá no hubiese existido un operador público como la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá, de todas maneras era necesario incluir a la población recicladora, reconociendo y dignificando su labor a través de la implementación de acciones afirmativas, pero sin afectar otros pilares esenciales del ordenamiento jurídico, entre ellos los relacionados con la contratación pública, el principio de libertad de empresa y la garantía de preservación de la salud humana y el medio ambiente.

De esa manera, las órdenes dadas por la Corte Constitucional consistieron en regular la prestación del servicio de aseo y de incluir a la población recicladora, esto último llevando a cabo acciones afirmativas como las enunciadas anteriormente. Pero esas órdenes en manera alguna autorizaban a desconocer la normatividad existente como lo era conceder la prestación del servicio a entidades totalmente incapaces y afectándose el principio de libertad de empresa que regía en la ciudad de Bogotá.

7.4.4.3 Consideraciones en cuanto al Decreto Ley 1421 de 1993 y la Ley 142 de 1994 y sobre el principio de libertad de empresa.

7.4.4.3.1 Argumentos del disciplinado.

Luego de leer algunos artículos de la Constitución Política de Colombia, el disciplinado afirmó que el Estado podía prestar directamente los servicios públicos y que los municipios lo harían si las conveniencias generales así lo aconsejaban. Que, en todo caso, debía tenerse en cuenta que para la ciudad de Bogotá regía un estatuto especial como lo era el Decreto Ley 1421 de 1993, lo cual, en materia de prestación de servicios públicos, permitía afirmar que para la toma de decisiones debía mirarse dicho régimen especial en orden de prevalencia a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. En tal sentido, que estas normas tenían preferencia sobre otras leyes generales y que estas últimas debían considerarse como complementarias a las del Decreto Ley 1421 de 1993. Agregó que en materia de servicios públicos domiciliarios para la ciudad de Bogotá debían observarse tanto las normas del Decreto Ley 1421 de

1993 y las de la Ley 142 de 1994. Que a partir de estas dos normas se habían tomado las decisiones en la ciudad de Bogotá.

Igualmente agregó que la Ley 142 de 1994 redujo el «papel del Estado» y que «amplificó demasiado el papel de los particulares en la prestación de los servicios públicos», pero que por ello no se dejó de aplicar el Decreto Ley 1421 de 1993. Que, en todo caso, estas dos normas se habían analizado con un criterio de complementariedad. Sin embargo, añadió que en la mayoría de los documentos que estaban en el expediente y que pertenecían a diferentes entidades, como la CRA, la Superintendencia de Servicios Públicos, Procuraduría General de la Nación y la Contraloría Distrital, entre otras, no aparecía con claridad la prevalencia del Decreto Ley 1421 de 1993 ni las órdenes dadas por la Corte Constitucional, en especial las contenidas en el auto n.° 275 de 2011. Que él como alcalde mayor de Bogotá, con gran sorpresa, recibió varios documentos de estas entidades sin que se mencionara las órdenes dadas por la Corte Constitucional ni la prevalencia del régimen especial para la ciudad de Bogotá.

Pese a lo anterior, refirió que el artículo 163 del Decreto Ley 1421 de 1993 disponía que la prestación de los servicios públicos se hacía conforme a las normas establecidas en ese estatuto especial y demás normas complementarias, lo cual significaba que «era obligación del Distrito asegurar que se prestaran los servicios públicos», artículo que hacía parte de la Constitución Política de Colombia. De manera especial, llamó la atención sobre el tercer inciso del artículo 163 del Decreto Ley 1421 de 1993, que dispone lo siguiente: «El Distrito continuará prestando, a través de empresas descentralizadas, los servicios que tiene a su cargo, en los términos del presente Estatuto.»

Por ello y luego de que hizo referencia a la prestación de los servicios públicos al momento de expedirse el Estatuto Especial, concluyó que la historia de la ciudad de Bogotá era que las entidades públicas prestaran los servicios públicos domiciliarios. Que por ello él, como acalde de Bogotá, había sostenido que en la historia de la ciudad la prestación de los servicios públicos «no se había hecho a través del criterio de la libre competencia», lo cual no significaba que él estuviera en contra de la libre competencia. Que simplemente la realidad demostraba que la participación del Estado, a nivel de Bogotá, era mayoritaria en la prestación de servicios públicos. Que solo se restringió la participación de las entidades públicas en el servicio de aseo, no por el criterio de la libertad de competencia, sino por la aplicación del modelo de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) autorizadas por la Ley 142 de 1994, norma aplicable, según él, de manera general para toda Colombia.

En consecuencia, que se había pasado de la contratación pública, cuando lo prestaba la EDIS, al modelo de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), previo

los estudios de la CRA y sujeto a los trámites de licitación. Que por eso la historia de Bogotá no era de libre competencia, y que la competencia o concurrencia de los particulares en el servicio de aseo se daba para competir y quedar beneficiarios de una licitación. Que él como alcalde consideraba que debía ser así y como prueba de ello era que varias ciudades de Colombia contaban con un solo operador público.

En resumen, que para la ciudad de Bogotá regía la prestación del servicio público de aseo por un operador público o bajo la figura de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE). Agregó que no era fundado el cuestionamiento por el hecho que se prestara el servicio público de aseo por una empresa pública del Distrito. Que según el tercer inciso del artículo 163 del Estatuto de Bogotá ordenaba que «solo» se prestaran los servicios públicos a través de las empresas descentralizadas y no de otra manera. Es decir, de manera exclusiva.[387] Que, no obstante, lo que se denominaba empresas descentralizadas fue conceptuado por la Ley 142 de 1994, razón por la cual se debía mirar la complementariedad entre ambas leyes. Que las empresas descentralizadas se habían convertido en empresas de servicios públicos específicas bajo una normatividad especial, diferente a la de cualquier empresa.[388]

Posteriormente y luego de reiterar algunas consideraciones sobre las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), señaló que al haberse implementado este modelo en la ciudad de Bogotá hace más de una década, la conclusión era que las autoridades competentes habían estimado que el derecho al saneamiento básico por parte de la población de más bajos recursos podía verse afectado por la libertad de competencia en la prestación del servicio.[389]

7.4.4.3.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, el disciplinado expuso una complementariedad entre las normas del Decreto Ley 1421 de 1993 y las normas contenidas en la Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, no descartó la prevalencia a favor de las normas

[387] Igualmente, confróntese con los minutos 7 y siguientes del primer DVD de la versión. (Segundo archivo)
[388] Confróntese con el minuto 45 al minuto 1.28 del primer DVD de la versión. (Primer archivo). De la misma manera, confróntese con los minutos 1 y siguientes del segundo archivo del primer DVD de la versión, en la que explicó la autonomía de las entidades descentralizadas conforme a las normas del Código de Comercio, el artículo 164 del Decreto Ley 1421 de 1993 y otras normas concordantes.
[389] Confróntese con los minutos 18 y siguientes del primer DVD de la versión. (Segundo Archivo).

contenidas en el Decreto Ley 1421 de 1993 frente a cualquier disposición de la Ley 142 de 1994.

Para la Sala la última afirmación no es cierta. Al respecto, el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 dispuso lo siguiente:

> ARTÍCULO 186. CONCORDANCIAS Y DEROGACIONES. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; **deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales** que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. **En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta,** y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.
>
> (Negrillas fuera de texto).

En tal sentido, esta disposición de la Ley 142 de 1994 preceptuó que derogaba «**todas** las leyes que le sean contrarias», sin hacer ninguna excepción. Así mismo, ratificó que en caso de conflicto con otras leyes, sin hacer ninguna salvedad, se preferirían las normas contenidas en la Ley 142 de 1994. En tal forma, al esgrimirse cualquier tipo de divergencia entre el Decreto Ley 1421 de 1993 y las disposiciones de la Ley 142 de 1994, para la Sala es claro que debieron prevalecer estas últimas por ser una norma posterior que regula la misma materia. No hay razón para considerar que en materia de servicios públicos la ciudad de Bogotá deba tener un régimen distinto al de todas las ciudades del Estado Colombiano y que sea la única entidad territorial a la cual le sea inaplicable la Ley 142 de 1994, máxime cuando esta nueva ley de manera expresa y sin ningún tipo de excepción señaló que derogaba **«todas»** las normas que fueran contrarias.

En segundo lugar, otro argumento central del disciplinado consistió en que a partir de la lectura del artículo 163 del Decreto Ley 1421 de 1993 «era obligación del Distrito asegurar que se prestaran los servicios públicos» y que por ello en la ciudad de Bogotá debían prestarse los servicios públicos «únicamente» a través de las empresas descentralizadas; es decir, de manera exclusiva por entidades del Distrito.

Para la Sala dicha conclusión tampoco fue acertada. En efecto, el artículo 163 del Decreto Ley 1421 de 1993 estableció lo siguiente:

> ARTICULO 163. COMPETENCIA. Para garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad, los servicios públicos se prestarán de acuerdo con lo dispuesto en este estatuto y demás normas aplicables.
>
> Es obligación del Distrito, asegurar que se presten de manera eficiente los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible y teléfonos.
>
> **El Distrito continuará prestando, a través de empresas descentralizadas, los servicios que tiene a su cargo, en los términos del presente estatuto.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

De esa manera, la Sala observa que el inciso tercero dispuso que el Distrito continuaría prestando los servicios que tiene a su cargo, pero sin darle la «exclusividad» que pretendió darle el disciplinado en su explicación y en cada una de sus decisiones. En otras palabras, si bien esta norma del Decreto Ley 1421 de 1993 estipuló que el Distrito continuaría prestando los servicios, ello no excluyó que otras empresas particulares no lo pudieran hacer. La mejor prueba de esta interpretación es que el artículo 164 del Decreto Ley 1421 de 1993 estableció la fórmula «cuando el Distrito preste directamente los servicios públicos domiciliarios…», construcción que hacía suponer que la prestación por parte de particulares también era una posibilidad, sin perjuicio de los requisitos que eran exigidos por el artículo 165 del referido Decreto.

En tercer lugar, el disciplinado argumentó que la participación de las entidades públicas en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá se había restringido por la aplicación del modelo de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) autorizadas por la Ley 142 de 1994.

De esa manera, la Sala no está de acuerdo con dicha afirmación. En efecto, las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) establecidas por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 corresponden a una limitación de la regla general del principio de libertad de empresa, pero que en todo caso permite la participación de cualquier operador, sea público o privado, que puede participar en la invitación pública que se determine para dichos efectos. Si esto es así, no es cierto que durante la vigencia de las ASE en la ciudad de Bogotá se haya restringido la participación de entidades públicas, pues estas, de haber existido, podían competir en igualdad de condiciones con cualquier operador privado para hacerse acreedor a una de las Áreas objeto de licitación, siempre y cuando cumplieran con los requisitos mínimos exigidos que acreditaran su idoneidad y capacidad.

En cuarto lugar, el disciplinado también afirmó que para la ciudad de Bogotá regía la prestación del servicio público de aseo por un operador público o bajo la figura de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE). Que por ello no era fundado el cuestionamiento por el hecho que se prestara el servicio público de aseo por una empresa pública del Distrito.

La Sala tampoco comparte este criterio, pues, como el mismo disciplinado lo reseñó, en la ciudad de Bogotá se venía presentando el servicio de aseo bajo la modalidad de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), más no con la prestación por parte de un operador público. Precisamente, la aplicación de la figura contenida en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 es una limitación a la regla general del principio de libertad de empresa, acogida por la Constitución Política de Colombia y por la nueva ley de servicios públicos domiciliarios. Así las cosas, para la Sala no es de recibo que se diga que se venía supuestamente aplicando un criterio de prestación de servicio de aseo por parte de un operador público en términos de exclusividad (Decreto Ley 1421 de 1993), cuando este operador no existía. Por el contrario, lo que se venía aplicando era la figura de las ASE, la cual es la excepción a la regla general de libertad de empresa, contenida en la Ley 142 de 1994. En tal forma, para el disciplinado no era aplicable en la ciudad de Bogotá la regla general de la libertad de empresa contenida en la Ley 142 de 1994, pero sí paradójicamente su excepción (es decir, las ASE) establecida precisamente en un artículo de esta misma ley.

En quinto y último lugar, el disciplinado afirmó que al haberse implementado las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) la conclusión era que las autoridades competentes habían estimado que el derecho al saneamiento básico por parte de la población de más bajos recursos podía verse afectado por la libertad de competencia.

Esta apreciación tampoco es cierta, pues a lo sumo lo único que demostraría era que la mejor forma de prestación del servicio de aseo era mediante la modalidad de las ASE, pero sin concluir que una u otra forma de prestar el servicio afectaría los derechos de la población de más bajos recursos. Si la premisa de la que parte el disciplinado fuera correcta, también sería dable sostener que al haberse implementado las ASE durante más de una década la prestación del servicio por parte de un operador público también resultaba inconveniente. Con todo y eso, si la implementación de las ASE era la excepción a una regla general como lo era la libertad de empresa, establecida por la Ley 142 de 1994, lo procedente era, ante la falta de las ASE —es decir, ante la ausencia de la excepción—, acudir a la otra forma jurídicamente posible —esto es, optar por la regla—, como lo era la prestación del servicio bajo el principio de libertad de empresa, segunda forma posible conforme a la normatividad vigente y tal y como se lo hizo saber todas las entidades del orden nacional y distrital y organismos de control al señor alcalde mayor de Bogotá.

Ahora bien, se debe recordar que conforme a la declaración del testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS quedó desvirtuada cualquier dificultad para en la prestación del servicio bajo el régimen de la libertad de empresa, afirmando que era un modelo «interesante, bueno, válido y funcional».

De manera adicional, es pertinente agregar que bien en la modalidad de libertad de empresa o bajo la implementación de las ASE regulada por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, se podía dar la prestación del servicio o la participación en una invitación de una entidad pública, compitiendo, según corresponda, con las demás empresas del mercado y en igualdad de condiciones. En cambio, la libre competencia y libertad de empresa no pueden cumplirse con la tesis de exclusividad supuestamente contenida en las normas del Decreto Ley 1421 de 1993 y traída a colación por el disciplinado.

7.4.4.4 El alcance de las órdenes dadas por la Corte Constitucional en cuanto a la inclusión de la población recicladora y la «perpetuidad» y supuestos «derechos adquiridos» de los operadores privados en la prestación del servicio de aseo.

7.4.4.4.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado refirió que la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-724 de 2003, dio una orden explícita a la UAESP para que se incluyera en el futuro a la población recicladora en el modelo de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Relacionado con este aspecto, criticó la posición de la Procuraduría con funciones preventivas en cuanto a que era equivocado considerar que los derechos de la población recicladora podían ser marginales o postergables. Más adelante complementó su explicación diciendo que era equivocado pensar que debía darse una continuidad en la prestación del servicio de aseo en términos de «perpetuidad» en favor de operadores privados, así terminase la contratación vía concesión. Señaló que no era no posible considerar supuestos derechos adquiridos en cabeza de los operadores privados. En todo caso, que cualquier decisión debía ser tomada observando la Constitución y garantizando los derechos de la población recicladora y procurando el acceso al derecho de saneamiento básico. Insistió que la Sala debía tener en cuenta estos aspectos, y muy especialmente que las entidades del Distrito en el año 2011 desconocieron las órdenes impartidas por la Corte Constitucional relacionadas con la inclusión de la población recicladora. Inclusive, que la licitación del año 2011 no tuvo en cuenta el aspecto esencial del aprovechamiento. [390]

[390] Confróntese con los minutos 19 y siguientes del primer DVD de la versión. (Segundo Archivo).

Más adelante, el disciplinado agregó que para el año 2011 la CRA expidió la Resolución 541 (9 de febrero de 2011), lo cual significaba que la autoridad competente había determinado que el modelo adecuado para el periodo 2011 al 2020 era las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE). Por ello, reiteró que el modelo de la libre competencia podía afectar el derecho al saneamiento básico. Si esto era así, explicó que no era cierta la razón de las quejas al decir que para el año 2012 el alcalde debía permitir la prestación del servicio de aseo por parte de operadores en un marco de libre concurrencia por las calles de la ciudad. En otras palabras, dijo que el mensaje de fondo o el «meta – discurso» de las quejas era que el alcalde debía «afectar el derecho al saneamiento básico de la población más pobre», lo cual no era posible.

7.4.4.4.2 Consideraciones de la Sala.

La Sala observa que la primera crítica que hizo el disciplinado está dirigida a la comunicación que la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública le hizo al despacho del señor alcalde mayor de Bogotá, efectuada mediante el oficio del 30 de noviembre de 2012, que también fue enviado al gerente general de la EAAB DIEGO BRAVO y al director de la UAESP HENRY ROMERO TRUJILLO,[391] la cual fue analizada en forma suficiente al momento de responder los argumentos de descargo y alegatos de conclusión.

Así las cosas, y bien como se dijo en forma precedente, dicha comunicación contenía una serie de explicaciones y advertencias en cuanto a la forma como se podían cumplir algunas de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora, en la medida en que tenían un carácter progresivo y que ellas se tenían que cumplir en forma inmediata. Tan cierta es esta afirmación, que conforme a las pruebas practicadas en juicio se demostró que con corte a 30 de junio de 2013 el informe de las metas iba en un 42 por ciento de cumplimiento.

De esa manera, para la Sala es claro que si bien la Corte Constitucional en la parte resolutiva del auto 275 de 2011 ordenó que se definiera por parte del Distrito de Bogotá un esquema de metas por definir «en el corto plazo» con destino a la formalización y población de recicladores, ello no significaba que todas las acciones afirmativas se tuvieran que cumplir de manera inmediata.

En uno u otro sentido, lo que no puede compartir la Sala es la explicación del disciplinado, en cuanto a que la procuradora con funciones preventivas concebía que los derechos de la población recicladora eran «marginales o postergables», pues esta posición no es cierta por el hecho de que al señor alcalde mayor de Bogotá se le haya hecho caer en la cuenta de que varias

[391] Confróntese con los folios 122 a 152 del anexo n.° 1 de la actuación.

acciones afirmativas podían cumplirse de manera paulatina, con miras a la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo.

Por otra parte, tampoco puede ser de recibo que la posición de todas las entidades diferentes al Distrito y los organismos de control era considerar derechos adquiridos a favor de los operadores privados o «perpetuarlos» en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Simplemente, lo que hicieron estas entidades y organismos de control fue advertirle al señor alcalde, por una parte, que las entidades del Distrito no contaban con la experiencia y la capacidad técnica requerida, y, por la otra, que mientras se implementaban las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), el modelo que regía en la ciudad de Bogotá desde el mes de septiembre del año 2011 era el de la libertad de empresa, muy a pesar que desde esa fecha fue necesario suscribir varios contratos bajo la modalidad de la urgencia manifiesta.

Por ende, el hecho de que se le hubiera advertido al señor alcalde que las dos únicas posibilidades acordes con el ordenamiento jurídico era las ASE o la libertad de empresa, ello en manera alguna significaba que se quisiera que algunos operadores privados se «perpetuaran» en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

Así mismo, si bien se comparte que los derechos de la población recicladora debían garantizarse, que tenía que procurarse el acceso al derecho de saneamiento básico y que era imprescindible el aprovechamiento de residuos sólidos, para la Sala tales objetivos no eran de imposible cumplimiento por el simple hecho de que se respetara el ordenamiento jurídico, específicamente en considerarse que las dos únicas posibilidades eran la libre competencia o la prestación bajo la modalidad de las ASE, y, en todo caso, permitiendo la prestación del servicio de aseo a entidades públicas o privadas que cumplieran con los requisitos mínimos de experiencia, idoneidad y capacidad técnica requeridas. De esta conclusión dio fiel testimonio el testigo SAMUEL PRADA COBOS, gerente de la empresa de Aseo de Bucaramanga.

Igualmente, no sería razonable considerar que por el solo hecho de respetarse el principio de libertad de empresa ello generara *per se* «afectación del derecho al saneamiento básico de la población más pobre», pues la prueba de ello es que desde el mes de septiembre del año 2011 hasta el 17 de diciembre de 2012 la administración distrital sí pudo garantizar la prestación del servicio de aseo respetando el principio de libertad de empresa, mientras en forma definitiva se implementaban las Áreas de Servicio Exclusivo autorizadas por la Ley 142 de 1994.

7.4.4.5 Decisión del alcalde mayor de Bogotá en cuanto al nuevo modelo de prestación del servicio público de aseo, en virtud de la orden de la Corte Constitucional de incluir a la población recicladora.

7.4.4.5.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado señaló que para el 28 de julio de 2011 una recicladora interpuso ante la Corte Constitucional una solicitud de cumplimiento de la sentencia T-724 de 2003. Que esto significaba que la licitación del año 2011 no había incluido los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional, relativo a la inclusión material de la población recicladora. Por ello, para la administración distrital en el año 2012 surgían los siguientes aspectos importantes: el de la inclusión de la población pobre de manera general a su derecho al saneamiento básico y el derivado de la sentencia que protegía los derechos de los recicladores en el modelo de aseo de la ciudad de Bogotá. Agregó que la nueva licitación del año 2011 había desconocido los derechos de la población recicladora, y que por eso la Corte Constitucional decidió dejar sin efectos el proceso licitatorio, descubriéndose de nuevo que las entidades distritales habían desacatado sus órdenes y que además se había «falseado y estafado» el interés general. Por ello, aseguró que la Corte Constitucional, mediante el auto 275 de 2011 nuevamente protegió los derechos de los recicladores en el nuevo modelo de aprovechamiento de los residuos sólidos. Explicó que la forma en que se materializó esta decisión fue la de suspender el proceso licitatorio del año 2011. De ese modo, en virtud de las órdenes dadas por la Corte, que la administración distrital se vio avocada a implementar medidas en favor de la población recicladora y que estas debían cumplirse en el corto plazo.

De la misma manera, que las órdenes de la Corte estaban dirigidas a normalizar la prestación del servicio de aseo a través del esquema que el Distrito estimara pertinente, atendiendo las metas que se determinaran en el plan de inclusión de la población recicladora. Que la orden de escoger el modelo pertinente era un deber que únicamente y de manera exclusiva recaía en el alcalde mayor de Bogotá, en virtud de las órdenes dadas por la Corte Constitucional. Que, inclusive, su plan de gobierno coincidió con las órdenes dadas por la alta corporación.[392] Más adelante y después de hacer unas referencias a los sistemas de tratamiento de los residuos sólidos, y especialmente sobre el modelo de aprovechamiento, manifestó que según las órdenes dadas por la Corte Constitucional era necesario establecer un marco tarifario para remunerar las actividades de aprovechamiento a cargo de la población recicladora en la ciudad de Bogotá. Que la falta de la decisión de la CRA afectó el periodo del corto plazo que tuvo él como alcalde para normalizar

[392] Confróntese con los minutos 39 y siguientes del primer DVD de la versión. (Segundo Archivo). Y dela misma manera, en el minuto 1.16 de este segundo archivo del primer DVD de la versión.

la prestación del servicio de aseo, bajo los parámetros de la Corte Constitucional, en el sentido de privilegiar un modelo de aprovechamiento y para incluir a la población recicladora. Que no era cierta la tesis de algunos escritos que obraban en el proceso que afirmaban que sí era posible remunerar las actividades de aprovechamiento con la normatividad actual, pues, a pesar de que en esas normas se hablaba de aprovechamiento y lo incluía, ello lo era de manera «marginal». Además, recalcó que el Distrito cumplió con el plan de inclusión de la población recicladora para el 30 de marzo de 2012, teniendo en cuenta estas consideraciones, el cual fue aceptado el 19 de abril de 2012 por la Corte Constitucional. En tal sentido, que la corporación, mediante el auto 084 de 2012, los instó a que continuaran con el proceso relacionado con la implementación del esquema propuesto. [393]

7.4.4.5.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, la Sala está de acuerdo con el disciplinado en que de tiempo atrás la administración distrital venía afectando los derechos de la población recicladora y que en virtud del auto 275 de 2011, proferido por la Corte Constitucional, se debían adoptar medidas en favor de estas personas. Así mismo, que estas órdenes estaban dirigidas a normalizar la prestación del servicio de aseo a través del esquema que el Distrito estimara pertinente, atendiendo las metas que se determinaran en el plan de inclusión de la población recicladora.

No obstante, en lo que no puede estar de acuerdo la Sala es que la interpretación de las órdenes dadas por la Corte Constitucional sea que necesariamente se tuviera que haber permitido la prestación del servicio por parte de unas entidades incapaces desde el punto de vista de la experiencia y capacidad técnica y que se hubiera creado un modelo de prestación de servicio de aseo no contemplado en la ley. En efecto, la mayoría de las explicaciones del disciplinado están dirigidas a que se reconozca una causal de ausencia de responsabilidad porque, según él, la única posibilidad de garantizar los derechos de la población recicladora era entregando la prestación del servicio a entidades públicas incapaces y afectando injustificadamente el principio de libertad de empresa. Sin embargo, dicha conclusión quedó desvirtuada por lo informado por el testigo técnico SAMUEL PRADA COBOS, y por las siguientes razones, entre muchas otras: 1. Bajo el principio de libertad de empresa sí se podía garantizar el derecho de los recicladores; prueba de ello es que parte de esa actividad sí se podía remunerar y, en todo caso, la que falta todavía en el año 2013 está en proyecto de resolución, seguramente aplicable hasta el año 2014 como lo informó el testigo ÓSCAR PARDO GIBSON; 2. Se podían

[393] Confróntese con los minutos 1.18 y siguientes del primer DVD de la versión. (Segundo Archivo).

adelantar varias acciones afirmativas de forma genérica que no dependían estrictamente del modelo aplicable; y 3. En el régimen de libre competencia sí se pude incluir a la población recicladora, conforme a las explicaciones del gerente de la empresa de Aseo de Bucaramanga. Luego, entonces, todos los esfuerzos de la administración debieron orientarse a implementar las Áreas de Servicio Exclusivo, si es que ese era su propósito y, mientras ello ocurría, continuar con el respeto del principio de libertad de empresa, tal y como se hizo desde el mes de septiembre del año 2011.

De esa forma y muy a pesar de que la orden de escoger el modelo pertinente era un deber único exclusivo del señor alcalde mayor de Bogotá, tal y como lo recalcó el disciplinado, lo cierto es que esa decisión debía ajustarse al ordenamiento jurídico, respetando, por un lado, los principios esenciales de la contratación estatal, y, por el otro, garantizando otros principios constitucionales como el de la libertad de empresa, y por supuesto los de los derechos de la población recicladora, ya que muchas de las acciones a favor de esta población discriminada no dependían del modelo a aplicar y, en todo caso, la completa inclusión se vería garantizada con la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo.

Es por ello que en otro aparte de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, que hasta ahora no se había destacado, se dijo que era cierto que «la decisión del modelo de prestación del servicio la tomaba el municipio, pero que no podía tomarla porque se le ocurrió», agregando que esa decisión debía darse o bien con Áreas de Servicio Exclusivo o en régimen de libre competencia, ya que era una decisión que «debía estar ajustada a uno requisitos, porque era un servicio regulado».[394]

En segundo lugar y en cuanto al marco tarifario para remunerar la actividad de reciclaje, el disciplinado afirmó que no era cierta la tesis de algunos escritos que obraban en el proceso que afirmaban que sí era posible remunerar las actividades de aprovechamiento con la normatividad actual, pues, a pesar de que en esas normas se hablaba de aprovechamiento y lo incluía, ello lo era de manera «marginal».

Así las cosas, una vez se practicaron todas las pruebas, la Sala entiende que lo que llamó el disciplinado como «marginal» significaba «incompleto o insuficiente», pues con las resoluciones de la CRA vigentes antes del inicio del nuevo modelo sí se podía remunerar parte de la actividad de aprovechamiento, concretamente en aplicación de la Resolución CRA 351 de 2005. Así se lo hizo saber el alto comisionado de la CRA a los funcionarios directivos de la UAESP y

[394] Confróntese con los minutos 49 y siguientes de la declaración de SAMUEL PRADA COBOS, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

la EAAB,[395] aspecto que está corroborado con lo que informó el ingeniero ÓSCAR PARDO GIBSON, en la medida en que con esa misma regulación se materializó el pago de parte de la actividad de reciclaje en el año 2013. Sin embargo, obsérvese que la remuneración completa y suficiente hasta ahora, en el presente año que transcurre, fue objeto de un proyecto de resolución, la cual, en palabras del mencionado testigo, posiblemente entre a regir hasta el año 2014, razones demás para concluir que las decisiones del señor alcalde mayor con estos aspectos no tenían ninguna relación.

Y en tercer lugar, el disciplinado refirió que, una vez se presentó el plan de inclusión de la población recicladora, la Corte Constitucional los instó a que continuaran con el proceso relacionado con la implementación del esquema propuesto, dando a entender que la Corte avaló el modelo de aseo creado por el Distrito con la prestación del servicio de aseo de manera exclusiva por parte de un operador público. Sin embargo, para la Sala dicha afirmación no puede ser de recibo, ya que, por un lado, lo que hizo la Corte Constitucional mediante el auto 084 de 2012 fue declarar que la UAESP había cumplido con el envío del esquema propuesto, instando al Distrito a que se continuara el proceso, sin hacer consideración alguna sobre los modelos de la prestación del servicio de aseo que regían en ese momento para la ciudad de Bogotá.[396] Por el otro, si se revisa con detenimiento el Plan de la inclusión de la población recicladora que el Distrito presentó ante la alta corporación,[397] se llegará a la conclusión de que en dicho Plan no se consideró algún modelo en particular para que se prestara el servicio de aseo y menos que un operador público lo iba a prestar de manera exclusiva, tal y como lo pretendió el modelo «transitorio» adoptado en virtud del Decreto 564 de 2012.

7.4.4.6 Sobre la no vigencia de la Resolución 541 de 2011, proferida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA).

7.4.4.6.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado refirió que el 24 de mayo de 2012 la UAESP le consultó a la CRA si la Resolución 541 de 2011 todavía estaba vigente, dado que el Distrito tenía la voluntad de que se hiciera la licitación que la Corte había dejado sin efecto, con los nuevos criterios. Sobre este punto, explicó que había una discusión sobre la vigencia de la Resolución 541 de 2011. Refirió que en un primer momento el Distrito consideró que dicha Resolución sí estaba vigente, porque se podía, bajo esos territorios geográficos definidos por la CRA, efectuar un

[395] Ver páginas 9 y 10 del acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de la CRA. Folios 19 a 45 del anexo n.° 5 de la actuación.
[396] Confróntese con los folios 89 a 92 del anexo n.° 18 de la actuación.
[397] Confróntese con los folios 1 a 56 del anexo n.° 18 de la actuación.

proceso licitatorio, pero con los criterios de aprovechamiento e inclusión de la población recicladora en condiciones de igualdad material. Que el 7 de julio de 2012 la CRA les respondió que la Resolución no estaba vigente, en virtud de la decisión de la Corte en dejar sin efecto de la licitación del 2011. Que, a pesar de que no se compartía ese criterio, lo que hizo el Distrito fue respetar esa decisión de la autoridad competente. Sin embargo, que a partir de esa fecha el Distrito quedó en la situación de establecer un modelo transicional, derivado de la urgencia manifiesta y de que no se podía hacer la licitación. Que la urgencia manifiesta fue el camino escogido por la anterior administración. En tal sentido, que el Decreto 564 de 2012 ordenó a la UAESP mantener el mecanismo de las ASE como un criterio vigente, pero que inclusive no podría verificarse a la fecha, hasta que la CRA cumpliera la orden de la Corte de establecer los parámetros de un modelo que incluyera a la población recicladora; que según el plazo dado por la Corte era el mes de octubre del presente año.[398] En síntesis, que esa transición adoptada por el Decreto 564 de 2012, consistente en que las entidades del Distrito prestaran el servicio, se tendría que mantener hasta tanto la CRA cumpliera con la obligación de presentar el marco tarifario para la población recicladora en marco del modelo de aprovechamiento.[399]

7.4.4.6.2 Consideraciones de la Sala.

La Resolución 541 de 2011 efectivamente perdió vigencia con ocasión de la declaratoria de la Corte Constitucional de dejar sin efecto la licitación pública n.° 001 de 2011, así como «todos los actos administrativos dictados con ocasión de dicho proceso»[400] por lo que se comparte que el Distrito haya respetado dicha decisión. Ahora bien, lo que no puede ser de recibo es que a partir de dicha declaratoria el disciplinado supuestamente haya quedado en la situación de establecer un modelo por fuera del ordenamiento jurídico al que la administración denominó «transicional». Como se expuso a lo largo de la presente decisión, este modelo no estaba regulado en el ordenamiento jurídico, y sí, por el contrario, normativamente habían dos únicas posibilidades: seguir con la regla general de la libertad de empresa que regía en la ciudad de Bogotá desde el mes de septiembre de 2011 o implementar las Áreas de Servicio Exclusivo, en virtud de la excepción contemplada en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, previos los trámites respectivos que se necesitaban como la verificación de motivos y adelantamiento de la respectiva invitación pública.

Del mismo modo, es parcialmente cierto que el Decreto 564 de 2012 ordenó a la UAESP mantener el mecanismo de las ASE como un criterio vigente, ya que

---

[398] Confróntese con los minutos 1.28 y siguientes del primer DVD de la versión. (Segundo Archivo). Así mismo, a partir del minuto 1 del primer archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[399] Confróntese con los minutos 4 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[400] Conforme al numeral segundo de la parte resolutiva del auto 275 de 2011, proferido por la Corte Constitucional.

lo que hizo este mismo Decreto fue establecer un modelo «transicional» que no estaba autorizado por el ordenamiento jurídico, el cual tuvo como propósito limitar el principio de libertad de empresa. La supuesta transitoriedad a la fecha de la presente decisión está próxima a cumplir un año y en la medida en que supuestamente se debe esperar el marco regulatorio de la CRA es incierta la fecha hasta la cual se va a prolongar el modelo no autorizado por el ordenamiento jurídico decidido por el señor alcalde mayor de Bogotá.

7.4.4.7 La continuidad de la prestación del servicio de aseo para el año 2012 y la figura de la urgencia manifiesta.

7.4.4.7.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado precisó que lo que estaba en juego para el año 2012 era la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y que para esa época era inminente que culminaran los contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo. Que durante todo el año la ciudad estuvo en condiciones de emergencia y por esa razón se dio la urgencia manifiesta, además de que había «muerto» la posibilidad de efectuar una licitación para la concesión de las Áreas de Servicio Exclusivo. En tal sentido, ilustró, a manera de pregunta, que qué más podían hacer las autoridades del Distrito. Posteriormente y luego de efectuar algunas consideraciones sobre la urgencia manifiesta, expresó que durante los años 2011 y 2012 se permitió esta figura excepcional, la cual nunca se cuestionó por ninguna autoridad o medio de comunicación. Que nunca se cuestionó mientras los contratistas fueron los operadores privados. Por el contrario, que cuando se utilizó el mismo modelo de urgencia manifiesta, pero con un operador público, ahí sí había «estallado el escándalo», procediéndose a investigar al alcalde y que muy seguramente protegiendo intereses de los operadores privados. Que no se explicaba el porqué este trato diferenciado y que en todo caso debía primar el interés general, sin discriminar a los operadores públicos. Por otra parte, señaló que los contratos de la administración distrital a final del año 2011 con los operadores ATESA, CIUDAD LIMPIA, ASEO CAPITAL y LIME se firmaron sin exclusividad[401], lo cual significaba que cualquier empresario hubiera podido prestar el servicio de aseo, a menos que algo «como la conveniencia general» así lo hubiese impedido. Que esto significaba que no había «barrera de entrada» a partir de la «caída» de las ASE, conforme a lo decidido por la Corte Constitucional en el año 2011. Seguidamente agregó que terminados esos contratos a los seis meses la CRA decidió que su Resolución de ASE no era vigente; en consecuencia, que terminados los contratos tampoco podían hacer licitación de las Áreas de Servicio Exclusivo, teniendo el deber la administración de garantizar la continuidad del servicio. Que por esto, durante todo el año 2012, se mantuvo

[401] Así mismo, ver los minutos 1 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

las condiciones de urgencia manifiesta. Así las cosas, concluyó que para el mes de diciembre de 2012 ya no se podía seguir prorrogando la urgencia manifiesta. En consecuencia, a manera de interrogante, manifestó lo siguiente: ¿cómo podíamos garantizar la continuidad del servicio sin que se pudiera contratar por urgencia manifiesta, porque esta figura no se podía seguir prorrogando, y sin posibilidad de licitar ASE? También, a manera de pregunta, dejó como inquietud sobre qué hubiese pasado si las administraciones distritales no hubieran decretado la urgencia manifiesta. La respuesta, según el disciplinado, era que esas mismas empresas (privadas) hubieran seguido prestando el servicio, asumiendo los criterios de la Ley 142 de 1994, haciéndolo en un marco de libre competencia por las calles y por los usuarios, conforme lo sugerían varios funcionarios públicos.[402] Que si así se hubiese hecho no se hubieren garantizado los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo cual se habría convertido en un fracaso total, vulnerándose la esencia de la Constitución en la ciudad de Bogotá. Agregó que la libertad de empresa permitiría que se «descremara» el mercado y, por el contrario, que no se atendiera la racionalidad para garantizar a todos los usuarios la prestación del servicio, cubriendo todas las zonas de la ciudad.[403] Posteriormente, recapitulando todas estas consideraciones, afirmó que solo a partir del mes de diciembre de 2012 la administración distrital estaba en disposición objetiva de practicar y adelantar las órdenes dadas por la Corte Constitucional y a lo que ellos se habían comprometido en su plan de inclusión de la población recicladora.[404]

7.4.4.7.2 Consideraciones de la Sala.

En primer orden, la Sala está de acuerdo en que lo que estaba el juego era la continuidad en la prestación del servicio público de aseo. De ahí uno de los reproches formulado, por haberse asignado tan importante servicio a un operador público que no tenía experiencia ni la capacidad técnica mínima requerida para prestarlo.

En segundo orden, también es cierto que durante todo el año 2012 la ciudad de Bogotá estuvo bajo la figura de la urgencia manifiesta, debido a que en el mes de septiembre de 2011 se dejó sin efecto la licitación pública que permitiría seguir implementando las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE). No obstante, la Sala debe recalcar que fue esa misma figura de la urgencia manifiesta a la que se acudió para el día 17 de diciembre de 2012, ante la inminente falta de capacidad y de experiencia de las empresas del Distrito. Es decir, aún antes de

[402] Confróntese con los minutos 6 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[403] Confróntese con los minutos 4 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[404] Confróntese con los minutos 13 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

iniciarse el nuevo modelo implementado por el señor alcalde mayor de Bogotá. Ahora bien, cuando fue necesario volver a contratar a los operadores privados, ya se habían celebrado dos contratos interadministrativos y se habrían incurrido en innumerables contrataciones para tratar de solventar la carencia de medios técnicos, todo lo cual fue perjudicial para los intereses del Distrito, dado la inadecuada inversión de recursos, los cuales parte de ellos hoy en día están en riesgo de perderse. Por si fuera poco, se mantiene un modelo de aseo no contemplado en el ordenamiento jurídico, desde hace casi un año, afectándose el principio de libertad de empresa.

En tercera medida, la respuesta ante la pregunta sobre qué más habían podido hacer las autoridades del Distrito no es otra que haber continuado respetando el principio de libertad de empresa que operaba desde el mes de septiembre de 2011 y dirigir todos los esfuerzos para que lo antes posible se implementaran las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE). En todo caso, lo que podían y debían haber hecho las entidades del Distrito, en cabeza de su señor alcalde mayor de Bogotá, eran abstenerse de haber contratado directamente la prestación del servicio de aseo con empresas absolutamente incapaces desde el punto de vista técnico y operativo, pues para la Sala esta contratación fue precisamente la que puso en juego la continuidad de la prestación del servicio de aseo. Todas las entidades del orden nacional y organismos de control, entre otros, advirtieron, con la debida anterioridad y con un nivel inusual de detalle, que habían serias dudas de que la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá pudieran asumir la prestación de tan importante servicio. En tal sentido, los hechos sucedidos en el mes de diciembre de 2012 y la utilización de volquetas hasta el mes de julio de 2013 por parte del operador público así lo confirmaron.

En cuarto orden, el disciplinado expresó que mientras se acudió a la figura de la urgencia manifiesta con los operadores privados durante los años 2011 y 2012 esta nunca se cuestionó. Efectivamente, la Sala comparte esta apreciación, pues es un hecho indiscutible que ante la declaratoria de dejar sin efecto la licitación que pretendía implementar las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), habían razones valederas para poderse acudir a esta figura excepcional mientras que se efectuaban los trámites que permitieran licitar las ASE, contratos que en todo caso no implicaron exclusividad. Además, estos operadores privados sí contaban con la experiencia y capacidad técnica requeridas. De ese modo, no se puede igualar la situación de las urgencias manifiestas de los años 2011 y 2012 con los operadores privados con la contratación con la EAAB y posteriormente con la empresa Aguas de Bogotá, pues está demostrado que estas empresas públicas, a diferencia de aquellas, eran incapaces de prestar el servicio de aseo en la ciudad capital. Ahora bien, una posición de las diferentes entidades encaminada a examinar cuándo sí se tiene la experiencia y la capacidad técnica para prestar un servicio público y cuándo no la hay en manera alguna puede tildarse que ella es protectora de intereses particulares a favor de determinada empresa.

En quinto orden, tiene razón el disciplinado cuando afirmó que los contratos de la administración distrital a final del año 2011 con los operadores ATESA, CIUDAD LIMPIA, ASEO CAPITAL y LIME se firmaron sin exclusividad,[405] lo que en efecto reafirmaba que en la ciudad de Bogotá estaba rigiendo el principio de libertad de empresa, el cual vino a afectarse con las limitaciones introducidas con la expedición del Decreto 564 de 2012.

En sexto orden y luego de añadir otras consideraciones sobre las ASE, el disciplinado afirmó que para el mes de diciembre de 2012 ya no se podía seguir prorrogando la urgencia manifiesta, ante lo cual reflexionó a modo de interrogante sobre cómo se podía garantizar la continuidad del servicio sin que se pudiera contratar por urgencia manifiesta. Así las cosas, para la Sala este argumento tampoco debe ser de recibo, porque contrario a lo sostenido por el disciplinado, de cualquier manera la administración terminó decretando una urgencia manifiesta más para el 17 de diciembre de 2012. Por ello, resulta contradictorio que el disciplinado afirme que la urgencia manifiesta no se podía seguir prorrogando, cuando lo cierto es que después de la prórroga de los contratos de concesión para el mes de septiembre del año 2012, la misma administración distrital la decretó nuevamente en el mes de diciembre de 2012, antes del inicio del nuevo modelo y por la evidente incapacidad e inexperiencia de las entidades del Distrito.

En séptimo orden, el disciplinado afirmó que bajo el régimen de libertad de competencia por las calles y por los usuarios no se podía garantizar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo cual se habría convertido en un fracaso total, vulnerándose la esencia de la Constitución en la ciudad de Bogotá. Ante esto, la Sala responde con otra pregunta ¿y mientras el servicio estuvo a cargo de las entidades distritales durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 si se garantizaron los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en la prestación del servicio? La mejor respuesta a este interrogante es remitirse a los hechos notorios y de público conocimiento en los cuales la ciudad enfrentó una crisis y emergencia por la gigantesca acumulación de basuras regadas en las calles de Bogotá. Con todo, es una verdad inocultable que mientras rigió el principio de libertad de empresa desde el mes de septiembre del año 2011 la ciudad no tuvo inconvenientes como los de la magnitud de los días 18 a 20 de diciembre de 2012 y, en últimas, la discusión de si la administración podía seguir prorrogando o no la urgencia manifiesta perdió todo sentido, pues lo cierto es que ella fue decretada nuevamente el 17 de diciembre de 2012 y en virtud de los contratos que se derivaron de esta fue que se logró normalizar la prestación del servicio en los días siguientes a los de la crisis de la referida época decembrina. Además, con la declaración de SAMUEL PRADA COBOS quedaron desvirtuadas las supuestas dificultades

[405] Así mismo, ver los minutos 1 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

que los sujetos procesales atribuyeron a la aplicación del régimen de libertad de empresa.

En octavo y último orden, la Sala no comparte la apreciación de que solo a partir del mes de diciembre de 2012 la administración distrital estaba en disposición objetiva de practicar y adelantar las órdenes dadas por la Corte Constitucional en cuanto al plan de inclusión de la población recicladora, pues se repite que según la CRA sí se podía remunerar parte de la actividad de reciclaje, se podían adelantar algunas acciones afirmativas mientras que se implementaban las ASE y, en todo caso, el cumplimiento de dichas metas nada tenían que ver con la adopción de uno u otro esquema legalmente posible. Además, el Distrito terminó contratando nuevamente a los operadores privados que venían prestando el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá durante los años 2011 y 2012.

7.4.4.8 «No hubo falta de planificación» y la consideración de que durante los años 2011 y 2012 no hubo registro de entrada de otras empresas para la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá.

7.4.4.8.1 Argumentos del disciplinado.

Luego de leer el contenido del artículo 30 del Acuerdo 489 de 12 de junio de 2012 (por el cual se adoptó el plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas para Bogotá D. C. 2012 – 2016 Bogotá Humana), el disciplinado afirmó que para desvirtuar cualquier tipo de supuesta falta de planificación se debía mirar que el plan consistió en privilegiar el modelo de aprovechamiento e incluir a la población recicladora, tal y como lo establecía el parágrafo del artículo 30 del referido Acuerdo, según las órdenes dadas por la Corte Constitucional, y como parte del Programa «Basura Cero», el cual tenía un fundamento democrático aprobado por el Concejo de Bogotá. [406] Seguidamente manifestó que la intención era que este modelo estuviera implementado en el marco de las ASE, lo cual no se había podido hacer porque se necesitaban las respectivas verificaciones de la CRA. Que, si esto era así, ante la posibilidad de un régimen de libre competencia no se podía garantizar la universalidad de los derechos fundamentales de la ciudadanía en la prestación del servicio; que esto sencillamente era una utopía.[407]

Adicionalmente, insistió en que mientras se suscribieron los contratos de urgencia manifiesta con los operadores privados durante los años 2011 y 2012

[406] Así lo hizo en los minutos 15 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión. Esta norma corresponde al artículo 30 del referido acuerdo, el cual puede confrontarse con las páginas 203 y siguientes del anexo n.° 10 de la actuación.
[407] Confróntese con los minutos 25 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

no hubo registro de entradas de otras empresas para la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá. Que la realidad demostraba que no había más operadores con la capacidad financiera y técnica suficientes para prestar los servicios de la ciudad de Bogotá.[408]

7.4.4.8.2 Consideraciones de la Sala.

La Sala encuentra, contrario a lo sostenido por el disciplinado, que además de haberse presentado falta de planificación y constante improvisación en las decisiones asumidas por el alcalde mayor y demás entidades también se mostró la inequívoca voluntad de que las empresas del Distrito, carentes de experiencia y la capacidad técnica requerida, asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá y de manera exclusiva. En orden cronológico, los hechos así lo demuestran, pues en un primer momento se quería crear una entidad pública para prestar el servicio; después, la idea era que la EAAB asumiera dicha obligación en virtud del contrato interadministrativo 017 de 2012; seguidamente, la administración decidió que fuera la empresa Aguas de Bogotá en atención al contrato interadministrativo 809 de 2012; posteriormente y a fin de darle la exclusividad a las entidades del Distrito, se profirió el Decreto 564 de 2012, afectándose el principio de libertad de empresa y, finalmente, persistiendo un modelo de aseo transitorio que no estaba contemplado en la ley, se decretó la urgencia manifiesta para que los operadores privados, vía subcontratación, prestaran el servicio ante la evidente falta de experiencia y capacidad de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. De esa manera, en cada uno de los pasos que dio la administración Distrital en cabeza del señor alcalde mayor hubo constante improvisación, situación que fue advertida categóricamente por los organismos de control[409] y que estuvo marcada por innumerables irregularidades de orden contractual. Adicionalmente, el argumento del disciplinado parte de un error, al decir que con el régimen de la libre competencia no se podía garantizar la universalidad de los derechos fundamentales de la ciudadanía en la prestación del servicio, porque supuestamente era una utopía, consideración que ha quedado completamente desvirtuada con las pruebas practicadas en juicio.

Ahora bien, en palabras del disciplinado, si se tenía claro que la intención final era implementar las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) y que ello no se había podido hacer por los diferentes trámites que debían llevarse a cabo, lo procedente era continuar con el principio de libertad de empresa que regía desde el mes de septiembre del año 2011, en donde una posibilidad

[408] Confróntese con los minutos 28 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[409] A manera de ejemplo, obsérvese copia del oficio del 31 de octubre de 2012, que le envió el contralor distrital DIEGO ARDILA al señor alcalde mayor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO. Confróntese con los folios 120 a 131 del anexo n.° 3 de la actuación.

jurídicamente posible era acudir a la figura de la urgencia manifiesta como se hizo desde el año 2011 hasta el día 17 de diciembre de 2012, fecha en la cual se decretó la última urgencia manifiesta por parte de la UAESP.

Por otra parte, no es cierto que mientras se suscribieron los contratos de urgencia manifiesta con los operadores privados durante los años 2011 y 2012 no hubo registro de entradas de otras empresas para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, con lo cual se podría demostrar que no había operadores con la capacidad financiera y técnica suficientes para prestar los servicios de la ciudad de Bogotá.

Al respecto, basta con observar los folios 207 a 234 del anexo n.° 5 de la actuación para corroborar que durante el año 2012 sí hubo solicitudes relacionadas con la libertad de entrada y acceso al relleno sanitario de Doña Juana, de una empresa distinta a los cuatro operadores privados que prestaron el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. En efecto, se trata de la empresa AQUAPOLIS S. A. E. S. P., la cual, desde finales del año 2011 y con reiteraciones en el año 2012, solicitó que se le permitiera el acceso al relleno sanitario de Doña Juana y, por ende, que pudiera participar en la prestación del servicio de aseo bajo el entendido de estar en el marco de la libertad de empresa.

En tal forma, lo determinante es que estos registros demuestran que sí hubo solicitudes de ingreso, diferentes a los operadores privados, por lo cual no es cierta la aseveración del disciplinado, sin mayor consideración adicional, de que la realidad demostraba que no había más operadores que pudieran prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Por el contrario, esta es una prueba más de que en la ciudad capital desde el mes de septiembre del año 2011 sí regía el principio de libertad de empresa.

A lo anterior debe sumarse lo que explicó el testigo y consultor experto DARÍO ARTURO BELTRÁN, en el sentido de que la empresa «Aseo Especial» que él representaba era un operador público que podía prestar el servicio de aseo, refiriendo que en el país había por lo menos unas quince empresas que podían prestar el servicio. Agregó que su empresa, como las otras quince, tenía la experiencia para prestar el servicio de aseo urbano, en la medida en que en todas las ciudades, excepto Medellín, Bucaramanga y ahora Bogotá, la prestación del servicio estaba en manos de operadores privados.[410]

[410] Confróntese con los minutos 46 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

7.4.4.9 Sobre la cláusula de reversión, como elemento esencial de los contratos de concesión, y su relación con los hechos sucedidos en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

7.4.4.9.1 Argumentos del disciplinado.

Luego de hacer referencia a algunas consideraciones de un escrito que adjuntaba en su versión, el disciplinado reiteró que el modelo más conveniente para la ciudad de Bogotá era la implementación de las Áreas de Servicio Exclusivo.[411] Seguidamente, explicó que un contrato de concesión, derivado de esas Áreas de Servicio Exclusivo, tenía un ingrediente fundamental, el cual era la cláusula de reversión, lo cual era determinante para los hechos sucedidos en la ciudad de Bogotá el día 18 de diciembre de 2012. Que esa cláusula de reversión fue defendida por el señor alcalde mayor de Bogotá, sin que ninguna otra entidad pública o de control así lo hiciera.

En tal sentido y luego de efectuar algunas consideraciones acerca de la cláusula de reversión en los contratos de concesión, según la Ley 80 de 1993 y en virtud de los contratos que se habían celebrado con los operadores privados durante el año 2012, aseveró que la no reversión de los equipos técnicos por parte de los operadores privados, entre ellos los vehículos compactadores, había sido determinante sobre los hechos que se presentaron en la ciudad de Bogotá durante el mes de diciembre del año 2012. Que la cláusula de reversión, dejada de aplicar en los contratos de concesión celebrados durante el año 2012, era lo que garantizaba la continuidad del servicio. Para ello, aportó una serie de comunicaciones que la UAESP les envió a los contratistas privados para que se entregaran dichos equipos en virtud de esta cláusula que, según el disciplinado, debía operar por ministerio de la ley. Así mismo, refirió que la conclusión era que el Distrito era el propietario de la flota de vehículos compactadores que aún hoy tenían los operadores privados. Que no tenían la razón los operadores privados cuando decían que por no haberse pactado esa cláusula de reversión no estaban obligados a devolver los vehículos. A manera de resumen, explicó que la causa de la crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá durante los días 18 y siguientes del mes de diciembre del año 2012 se debió a que los operadores privados no devolvieron la flota de vehículos compactadores de propiedad del Distrito.[412] También agregó que lo que insinuaban las quejas era, entonces, que los operadores privados continuaran prestando el servicio con bienes públicos (vehículos compactadores, entre otros), lo cual se configuraría en delito de peculado por uso, situación que él como alcalde y

[411] Confróntese con los minutos 31 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[412] Confróntese con los minutos 35 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

servidor público no podía permitir.[413] Más adelante complementó el tema de la reversión de los compactadores, para lo cual destacó que el Juzgado Noveno Administrativo le había dado la razón en una de sus sentencias, posición que había aceptado por un control de advertencia por parte de la Contraloría Distrital.[414] De igual forma, en un aparte posterior de la versión,[415] entregó copia de un concepto de la firma NEGRET ABOGADOS, el cual, según el disciplinado, era obligatoria la cláusula de reversión de los vehículos compactadores. Que ese concepto de fecha 23 de marzo de 2013 «valoraban y sustentaban completamente la figura de la cláusula de reversión en los contratos de concesión y la necesidad de ejercitarla en el caso de los contratos de concesión de aseo en la ciudad de Bogotá».[416]

Por otra parte, hizo referencia a unos informes de la Contraloría General de la República (los cuales solicitaba que se allegaran al expediente). En ellos se decía que la contralora general efectuó un control de advertencia en el año 2012 a la Superintendencia de Servicios Públicos, a la CRA y a la UAESP en donde puso de presente dos grandes hechos pertinentes que fueron tenidos en cuenta en la toma de decisiones del alcalde mayor de Bogotá: el primero, con el hallazgo sobre el manejo tarifario del servicio público de aseo en Colombia y específicamente en la ciudad de Bogotá. Que, según estos informes, para la Contraloría General de la República había un desfase de cerca de quinientos mil millones de pesos de un cobro de más a los usuarios del servicio de aseo. Que esto tenía que ver con las razones de la Contraloría para afirmar que parte de ese tipo de cobro era indebido, ya que el cobro de aseo se hacía como si se tratase de una flota nueva de aseo. Que la Contraloría llegó a la conclusión de que había un cobro desmedido en las tarifas de la prestación del servicio de aseo. El segundo, referido a que la Contralora, en esos informes, fue la única funcionaria que antes del alcalde y acompañando al alcalde, habló sobre la pertenencia de aplicar la cláusula de reversión en los contratos de concesión.[417]

De manera similar, esgrimió que en algunas confesiones de miembros del denominado «Cartel de la Contratación» se había señalado que en la licitación de finales del año 2011 se había establecido una operación fraudulenta e ilícita por parte de algunos miembros de ese cartel, en donde se mencionaba como estructurador principal al señor Álvaro Dávila y que de acuerdo con indicios implicaría el cobro de comisiones ilícitas. Que, de esa manera, consideraba que dichas confesiones eran pertinentes para la presente investigación. Que esto

---

[413] Confróntese con los minutos 1.05 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[414] Confróntese con el minuto 1.22 del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[415] Confróntese con el minuto 4 del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[416] Confróntese con el documento visible en los folios 301 a 305 del anexo n.° 32 de la actuación.
[417] Confróntese con el minuto 1.12 del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

había sido parte de los criterios para la toma de decisiones como alcalde mayor.[418]

7.4.4.9.2 Consideraciones de la Sala.

La Sala no comparte que la cláusula de reversión dejada de aplicar en los contratos de concesión celebrados durante el año 2012 era lo que garantizaba la continuidad del servicio y que esta situación haya sido la causa de la crisis que enfrentó la ciudad de Bogotá durante los días 18 y siguientes del mes de diciembre del año 2012, debido a que los operadores privados no devolvieron la flota de vehículos compactadores de propiedad del Distrito.

Por el contrario, esta explicación del disciplinado es un argumento más que refuerza la idea de que las entidades del Distrito no contaban con los medios técnicos requeridos para la prestación del servicio de aseo, pues, mientras que los operadores privados sí tenían los equipos compactadores, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá no contaban con ellos. Ahora bien, lo que pretende el disciplinado es que un hecho posterior, como lo es la discusión de si la cláusula de reversión era o no aplicable a los contratos de concesión con los operadores privados, justifique la incapacidad que tuvieron las entidades públicas al momento de suscribir los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012 y cuando comenzaban las operaciones con la aplicación del nuevo modelo, a partir del 18 de diciembre de 2012.

En tal sentido, no puede ser de recibo que una situación incierta al momento de suscribir dichos contratos y al inicio de la prestación del servicio de aseo pueda suplir la experiencia y la capacidad técnica mínima requerida para que se hubiese contratado con la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. Inclusive, la discusión de si finalmente era procedente o no la cláusula de reversión es un tema que todavía no ha terminado, porque lo cierto es que a la fecha de la presente decisión la supuesta cláusula de reversión todavía no se ha podido hacer efectiva, dado que los vehículos compactadores todavía siguen en poder de los operadores privados, tal y como lo sostiene el mismo disciplinado.

De similar manera, la Sala debe destacar, bajo la tesis expuesta del disciplinado, que si dicha cláusula de reversión era procedente, ello lo era desde el mes de septiembre del año 2011, más no a partir del 18 de diciembre de 2012. Se debe recordar que la fecha en la que culminaron los contratos de concesión fue en el mes de septiembre de 2011, por cuanto las contrataciones del año 2012 lo fueron en virtud de las urgencias manifiestas. De manera más gráfica y en palabras del disciplinado, la conclusión sería que durante el año 2012 la administración distrital no acudió a las vías legales para hacer efectiva

[418] Confróntese con el minuto 1.16 del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

dicha cláusula y que durante todo el 2012 «se permitió la comisión del delito de peculado por uso».

Pese a lo anterior, lo que debe llamar la atención es que, en uno u otro caso y con mayor razón, para el 11 de octubre de 2012, fecha en que se celebró el contrato 017 de 2012, y para el 4 de diciembre del mismo año, día en que se suscribió el contrato 809 de 2012, el tema de la cláusula de reversión era totalmente incierto, pues no se sabía con claridad si dicha cláusula debía operar o no. Tan palpable es lo anterior, que el mismo concepto de la firma NEGRET ABOGADOS aportado por el disciplinado sostuvo que en relación con dicho tema «no había uniformidad de criterio jurídico que condujera a un respuesta única». Que, en cuanto al tema de la cláusula de reversión, se «carecía de una línea jurisprudencial sólida» para, a partir de allí, «considerar subreglas que pudieran ser tomadas por la UAESP al momento de valorar el asunto examinado». Ahora bien, el concepto determinó que el criterio de la firma NEGRET ABOGADOS era que sí era procedente la cláusula de reversión, pero con la excepción de que los concesionarios acreditaran que «la amortización de dichos bienes se efectuó con recursos propios y no con los provenientes de las tarifas pagadas por los usuarios».[419] Es decir, no es cierto que este concepto «valoró y sustentó completamente» la necesidad de ejercitar la cláusula de reversión de los vehículos compactadores en los contratos de concesión de aseo en la ciudad de Bogotá, pues, por el contario, lo que había era una serie de dudas sobre el particular y de todas maneras era una cuestión que debía resolverse antes de contemplar la posibilidad de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo.

Sin embargo, al margen de esta discusión, lo incontrastable es que a la fecha de la suscripción de estos acuerdos de voluntades era indiscutible que las empresas del Distrito no contaban con esta flota de compactadores, elemento mínimo e indispensable para la prestación del servicio.

De esa forma, la improvisación y falta de planificación del Distrito se ve más abultada, pues es incomprensible que si el tema de la cláusula de reversión fue tenida en cuenta días antes de la suscripción de los contratos y que por varias razones no había seguridad de que dicha cláusula se hiciera efectiva, con mayor razón era improcedente contratar con las empresas del Distrito, hasta que este aspecto no quedara totalmente superado. Y para seguir reafirmando que no había claridad sobre si supuestamente la cláusula de reversión debía operar o no, está demostrado que lo primero que hizo la EAAB fue adelantar los trámites contractuales para compra de los vehículos compactadores, en virtud de la invitación pública 804 del 31 de octubre de 2012, con un presupuesto de

[419] Confróntese con el documento visible en los folios 301 a 305 del anexo n.° 32 de la actuación.

$80.888.107.999,[420] de la cual se derivaron los contratos número 1-06-263000848 y 1-06-263000851 de 2012[421], cuyo objeto fue «la adquisición de maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.»[422] Así mismo y debido a que por obvias razones estos vehículos compactadores no estarían listos para el 18 de diciembre de 2012 —los que empezaron a incorporarse al prestador del servicio Agua de Bogotá solo a mediados de este año, en virtud de un contrato de comodato—, también se explicó que las entidades del Distrito adelantaron varios trámites contractuales irregulares para adquirir dichos vehículos por vía del arrendamiento, lo que tampoco funcionó para el día 18 de diciembre de 2012.

De esa manera, la explicación del disciplinado pareciera ser que daba lo mismo compra de vehículos, más alquiler de vehículos, más vehículos por la vía de la cláusula de reversión, y, sobre la marcha de las operaciones de la prestación del servicio de aseo y sujetos al azar de situaciones inciertas, mirar cómo se ajustaba, en la medida en que si faltaban o sobraban vehículos compactadores en poder de las entidades del Distrito, posición que a juicio de la Sala es totalmente equivocada, por no atender unos estándares mínimos de una buena y correcta planeación. Con todo y eso, los hechos sucedidos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 y los meses siguientes en los que el operador público utilizó volquetas hasta mediados del año 2013 demuestran que ni la compra, alquiler o la incertidumbre sobre la aplicabilidad de la cláusula de reversión sirvieron para garantizar la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en condiciones mínimas y razonables. En efecto, la crisis en que quedó sumergida la ciudad de Bogotá de alguna manera se vino a normalizarse, no porque finalmente se hubieren obtenido los vehículos por cualquiera de las posibilidades referidas, sino porque el Distrito volvió a contratar con los operadores privados, en virtud de una nueva urgencia manifiesta, pero habiendo invertido ya cuantiosos recursos de un flota que empezó a utilizarse a mediados del 2013 y que de manera sorprendente al mes de septiembre de este mismo año está en riesgo de colapsar, según los informes de interventoría del contrato de comodato suscrito entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá.

Por último, en cuanto a unas consideraciones aisladas expuestas por el disciplinado, la Sala no encontró la correspondencia del hallazgo sobre el

---

[420] Confróntese con los folios 1 a 22 del anexo n.° 22, documentos que fueron obtenidos en la visita especial a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública del 17 de abril de 2013 (folio 269 del cuaderno original n.° 2 de la actuación).
[421] Ver los folios 23 y siguientes del anexo n.° 22 de la actuación.
[422] Conforme al objeto de la invitación pública n.° 0804 de 2012 de la EAAB, en la medida en que el objeto de los contratos se dice: «El objeto del contrato es el que se indica en los Datos del contrato.» El anexo n.° 3 es el que contiene los datos del contrato, cuyo objeto es el que se señaló en la respectiva invitación. Ver anexo n.° 22 de la actuación.

manejo tarifario del servicio público de aseo por parte de la Contraloría y el presunto cobro de comisiones ilícitas en la licitación del año 2011 para la prestación del servicio de aseo con los hechos objetos del presente proceso. En consecuencia, dichas situaciones, de haber sido ciertas, no justificaría que se haya entregado el servicio de aseo vía contrato interadministrativo a unas entidades carentes de la experiencia y capacidad técnica requeridas para la prestación del servicio y que se haya adoptado un modelo «transitorio» por fuera del ordenamiento jurídico.

Ahora bien y en gracia a la discusión, la posición del disciplinado fue completamente inexplicable en cuanto a que había un cobro indebido de la prestación del servicio de aseo como si se «tratase de una flota nueva de vehículos». Si esto es cierto, no se entiende cómo el disciplinado, al mismo tiempo, pregonó que se pretendía prestar el servicio de aseo, por parte de las entidades públicas y a partir del 18 de diciembre de 2012, con esa misma flota de compactadores en poder de los operadores privados que lógicamente ya no era nueva, pues eran vehículos que se estaban usando desde tiempo atrás a la fecha en que culminaron los contratos de concesión en el mes de septiembre del año 2011 y seguramente durante el año 2012 en virtud de los contratos por urgencia manifiesta.

En otras palabras, para el disciplinado fue completamente irregular que los operadores privados continuaran prestando el servicio con vehículos compactadores que ya no era nuevos, pero, al mismo tiempo, expuso que esos mismos compactadores usados, «no nuevos» —los que explicarían el cobro desmedido—, eran necesarios para que se garantizara la prestación del servicio en cabeza de las entidades públicas. Es decir, en palabras del mismo disciplinado, la planificación del Distrito era asumir la prestación del servicio de aseo prolongándose un cobro todavía más indebido, ya que, entre más tiempo pasara, los vehículos que supuestamente deberían devolver los operadores privados dejaban de ser más nuevos. De esa manera, para la Sala es claro que estos argumentos de defensa fueron construidos a partir de dos ideas totalmente excluyentes y contradictorias.

7.4.4.10 Sobre las medidas tomadas por el alcalde mayor de Bogotá, debido al no cumplimiento de la cláusula de reversión.

7.4.4.10.1 Argumentos del disciplinado.

Relacionado con el punto anterior, el disciplinado explicó que, pese al no cumplimiento de la cláusula de reversión, el alcalde mayor de Bogotá tomó medidas necesarias, en todos los escenarios y con diversos planes contingentes, para garantizar la continuidad de la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, ante la terminación de los contratos de concesión,

que culminaban el 17 de diciembre de 2012. Entre esas medidas, que las justificó en el programa de «Basura Cero» y a las órdenes dadas por la Corte Constitucional, destacó la expedición del Decreto 564 de diciembre de 2012, el cual gozaba de presunción de legalidad. [423] Señaló que el artículo 1.° del Decreto 564 de 2012 había recordado que el derecho al saneamiento básico tenía la categoría de derecho fundamental. Además, explicó que ese Decreto había adoptado «un modelo o esquema transitorio» en la prestación del servicio de aseo, hasta tanto se adelantara la respectiva licitación para adjudicar las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE). Agregó que en virtud de ese Decreto se permitió que la UAESP contratara a la EAAB como prestadora del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, lo cual no se constituía en una decisión caprichosa, porque el Decreto 1421 de 1993 exigía que fuera una entidad pública.[424]

7.4.4.10.2 Consideraciones de la Sala.

La idea central del argumento expuesto es que el señor alcalde mayor de Bogotá, ante la no aplicación de la cláusula de reversión, procedió a expedir el Decreto 564 de 2012, el cual, además de gozar de presunción de legalidad, era el fundamento para que «la UAESP contratara a la EAAB como prestadora del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá».

Sin embargo, esta explicación del disciplinado es totalmente equivocada, pues el Decreto 564 fue proferido el 10 de diciembre de 2012, mientras que el contrato interadministrativo 017, entre la UAESP y la EAAB, que permitió que esta última empresa fuera el contratista para prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, fue celebrado el 11 de octubre de 2012. En tal sentido, lo que hizo el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, respecto de la contratación entre la UAESP y la EAAB, ocurrida el 11 de octubre de 2012, fue darle la «exclusividad» para que prestara el servicio en el cien por ciento de la ciudad de Bogotá.

Ahora bien, contrario a lo sostenido por el disciplinado y en sus mismas palabras, la Sala considera que la decisión de haberse contratado con las entidades del distrito sí fue «caprichosa», pues, pese a las múltiples advertencias de diferentes entidades y organismos de control, ninguna entidad del Distrito contaba con la capacidad técnica y experiencia para asumir la prestación del servicio de aseo. Incluso, desde los meses de julio o agosto de 2012 así se lo hizo saber directamente el entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO. Así mismo, todavía fue más «caprichoso» haber adoptado un modelo

[423] Confróntese con el minuto 1.19 del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.
[424] Confróntese con los minutos 1.23 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 2 de la versión.

«transicional» no contemplado por el ordenamiento jurídico, más cuando todas las entidades del orden nacional y organismos del control le advirtieron al señor alcalde mayor de Bogotá, por todos los medios posibles, que en la ciudad de Bogotá regía el principio de libertad de empresa, por lo que no era cierto que las normas del Decreto 1421 de 1993 exigieran que únicamente el servicio de aseo se tuviera que prestar por una entidad pública.

7.4.4.11 Sobre el objeto social de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

7.4.4.11.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado efectuó otras críticas a las quejas que obraban en el proceso. Entre esos reparos, señaló que mientras una de las quejas decía que la EAAB no tenía dentro de su objeto social el servicio de aseo, otra sostenía, contradictoriamente, que la Junta Directiva de la EAAB no podía cambiar el objeto social. Para ello, explicó que el artículo 1.° del Acuerdo 6 de 1995 estableció que la EAAB era una empresa de servicios públicos domiciliarios (E. S. P), lo cual significaba que estas se regían por las normas de la Ley 142 de 1994. Que según lo establecido en el parágrafo primero del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 y en concordancia con lo señalado en el Acuerdo 257 de 2006, la EAAB era una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios. En tal sentido, que el artículo 18 de la mencionada Ley 142 de 1994 disponía que la Empresa de servicios públicos tenía como objeto la prestación de uno o más servicios públicos a los que se aplicaba esa ley. Así las cosas, que esto era lo que precisamente se había hecho con respecto a la EAAB mediante el Acuerdo 11 de 2010, expedido por la Junta Directiva, en la cual se había establecido que la EAAB podía prestar el servicio integral de saneamiento básico, conforme al literal f del artículo que había establecido su objeto (artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010); que, inclusive, también se había adicionado el servicio de energía, lo cual no hacía parte de objeto de la presente investigación, pero que, en todo caso, ese cambio de objeto se había ordenado durante el gobierno distrital anterior. Que por esta razón no había lugar al reparo de la queja que durante su gobierno se hubiese variado el objeto de la EAAB, pues esto se había hecho desde el año 2010. No obstante, más adelante añadió que en su administración se «ratificó y clarificó» las decisiones del Acuerdo 11 de 2010, a través del Acuerdo 12 de 2012, en donde se definió, mediante la terminología de la Ley 142 de 1994, qué era el servicio de aseo de residuos sólidos que estaba en el literal f del artículo 4 de la Acuerdo 11 de 2010.[425]

[425] Confróntese con los minutos 3 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 3 de la versión.

7.4.4.11.2 Consideraciones de la Sala.

Lo primero que debe precisar la Sala es que el Acuerdo 12 de 2012, expedido por la Junta Directiva de la EAAB, teniendo como presidente al señor alcalde mayor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, no se limitó a «ratificar y clarificar» las decisiones del Acuerdo 11 de 2010, expedido en otra administración distrital.

Para ello, es pertinente analizar el objeto social de la EAAB, haciendo la comparación entre el artículo 4 del Acuerdo n.° 11 de 2010 y el artículo 4 del Acuerdo n.° 12 de 2012:[426]

Acuerdo n.° 11 de 2010	**Acuerdo n.° 12 de 2012**
Artículo 4. Objeto. Corresponde a la EAAB – ESP la prestación de los servicios públicos esenciales domiciliarios **de acueducto y alcantarillado** en el área de jurisdicción del Distrito capital de Bogotá. También podrá prestar esos mismos servicios en cualquier lugar del ámbito nacional e internacional.	Artículo 4. Objeto. Corresponde a la EAAB – ESP la prestación de los servicios públicos esenciales domiciliarios **de acueducto, alcantarillado y aseo** en la jurisdicción del Distrito capital de Bogotá. También podrá prestar esos mismos servicios en cualquier lugar del ámbito nacional e internacional.

En tal sentido, para la Sala, la modificación del artículo 4 del Acuerdo n.° 11 de 2010, por vía del Acuerdo n.° 12 del 2012, no se limitó a «ratificar y clarificar» una supuesta posibilidad de prestación del servicio de aseo desde tiempo atrás, pues, según la cláusula del objeto social de la EAAB (artículo 4), antes no se había incluido el servicio domiciliario de aseo como sí se hizo de manera clara en el Acuerdo n.° 12 de 2012.

Ahora bien, el disciplinado precisó que el literal f) del artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010 había contemplado que la EAAB podía prestar el servicio integral de saneamiento básico. Para tal efecto, observemos que el literal f) del artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010 tiene la misma redacción que el literal g) del Acuerdo n.° 12 de 2012:

Literal f del artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010	**Literal g del nuevo artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010, en virtud de la modificación del Acuerdo 12 de 2012**
f) Operar y gestionar proyectos de saneamiento básico integral, manejo de residuos líquidos y sólidos, energía y mecanismos de desarrollo limpio.	g) Operar y gestionar proyectos de saneamiento básico integral, manejo de residuos líquidos y sólidos, energía y mecanismos de desarrollo limpio.

[426] Confróntese con estos acuerdos, cuya copia se puede observar en el anexo n.° 16 de la actuación.

La Sala encuentra que una cosa es operar y gestionar proyectos de saneamiento básico integral, manejo de residuos líquidos y sólidos, energía y mecanismos de desarrollo limpio, y otra muy diferente es la posibilidad de prestar el servicio público domiciliario se aseo, con todas las actividades que ello comporta. Tan cierta es esta afirmación, que el nuevo literal d) del artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010, modificado por el Acuerdo 12 de 2012, tiene la siguiente redacción:

> d) La recolección, transporte, transferencia y tratamiento de residuos sólidos. Así como las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recolección, transporte, transferencia, tratamiento de residuos sólidos originados por estas y demás actividades complementarias.

Sin lugar a dudas, este nuevo literal d) del artículo 4 del Acuerdo 11 de 2010 corresponde a una nueva función principal dentro del objeto social de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB E. S. P.), que se deriva propiamente de la prestación del servicio público domiciliario de aseo, posibilidad que no se contemplaba en el original artículo 4, incluidos todos sus literales, del Acuerdo 11 de 2010.

Por esta razón, no es cierta la afirmación del disciplinado de que el Acuerdo n.° 12 de 2012 vino a «ratificar y clarificar» la prestación del servicio se aseo como parte del objeto social contemplado desde el Acuerdo 11 de 2010, pues ese marco estatutario original no tenía expresamente dentro del objeto social de la entidad la posibilidad de la prestación del servicio público domiciliario de aseo y menos tenía como función principal un conjunto de actividades tan detalladas y precisas como las contenidas en el nuevo literal d), por vía de lo establecido en el Acuerdo n.° 12 del 2012. Al respecto, es válido considerar que la reglamentación entre el Acuerdo 11 de 2010 y el Acuerdo 12 de 2012 en cuanto al objeto de la EAAB es sustancialmente diferente, pues si así no fuera no hubiese tenido ningún sentido efectuar la modificación del artículo 4 del referido Acuerdo.

Ahora bien, más allá de las razones expuestas por el disciplinado, lo que la Sala debe aclarar es que la primera falta cometida consistió en que se le dio a una empresa pública sin experiencia y sin capacidad la prestación del servicio de aseo. En otras palabras, la importancia del cambio del objeto social en el año 2012 es una prueba contundente de que la EAAB no había contemplado prestar el servicio de aseo, de la manera establecida en el actual artículo 4 del Acuerdo 11 de 2012 y su nuevo literal d) relativo al objeto social de la empresa. Por ello es absolutamente diciente la declaración de CARLOS ALBERTO ACERO ARANGO, al decir que en el mes de julio o agosto de 2012 el mismo gerente DIEGO BRAVO le dijo al señor alcalde mayor que la EAAB no estaba listo para

asumir la prestación del servicio de aseo y que correlativamente el disciplinado le haya ordenado buscar la fórmula o manera de hacerlo. Pues bien, una de esas fórmulas o maneras de hacerlo fue precisamente cambiar el objeto social un mes después de dichas instrucciones, cronología de hechos que son totalmente coherentes para concluir que la EAAB no tenía antes del mes de septiembre de 2012 la posibilidad de prestar el servicio de aseo. Pero más allá de toda esta serie de consideraciones, lo cierto es que antes de la suscripción del contrato 017 de 2012, la EAAB jamás prestó dicho servicio público, situación que ratifica la inexperiencia de esta entidad pública.

7.4.4.12 La capacidad técnica y experiencia, como criterios de una adecuada selección objetiva para la escogencia del contratista, y sobre la no irregularidad por haber contratado con la EAAB.

7.4.4.12.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado recordó que uno de los cuestionamientos que hacían parte de las quejas era que no se había llevado a cabo una adecuada y debida selección objetiva, aspecto que más allá de un proceso concursal también significaba que la escogencia del contratista debía atender a criterios de experiencia y capacidad técnica y financiera de la empresa que se procediera a seleccionar. Para ello, sostuvo que desde el año 2011 ninguna empresa, ni pública y privada, hizo uso de la cláusula que permitía que cualquier empresa prestara el servicio de aseo, dado el levantamiento de la cláusula de exclusividad. Que esto significaba que en Colombia no había un operador público o privado con la capacidad de asumir el servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá en condiciones de continuidad. Que únicamente lo podían hacer los cuatro existentes, dada su capacidad instalada en el Distrito, pero que eso se debía a los bienes que eran propiedad del Distrito. Por estas razones, si no existía en Bogotá ni fuera de Bogotá, con sus propios bienes, se preguntaba si era irregular prestar el servicio con la EAAB. Que, así las cosas, las dos únicas empresas que tenían la capacidad eran las entidades públicas del Distrito, entre ellas, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. En cuanto a estas dos entidades, refirió que desde el punto de vista del objeto social y la fortaleza financiera y económica sostuvo que quien era más fuerte era la EAAB, pues, según los informes de auditoría, la empresa Aguas de Bogotá tenía problemas financieros y económicos. Que por el contrario la EAAB tenía una solvencia financiera. En cuanto a la experiencia, señaló que estas empresas sí tenían la experiencia en la prestación del servicio de aseo.[427] Que la muestra más contundente de esta afirmación era que no había ninguna empresa en Colombia ni en el mundo que pudiera acreditar que como empresa de servicios públicos domiciliarios llegara a todos los hogares de la ciudad, sin excepción, tal y como ocurría con la

[427] Confróntese con los minutos 15 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 3 de la versión.

EAAB; que era una experiencia de décadas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. [428]

7.4.4.12.2 Consideraciones de la Sala.

La Sala está de acuerdo en que la escogencia del contratista, no solo debe reducirse al tema de un concurso o proceso contractual, sino que se deben atender los criterios de experiencia y capacidad técnica y financiera, como bien lo expuso el disciplinado. Precisamente este es el argumento principal de la primera falta disciplinaria atribuida.

Pese a ello, no es cierto que desde el año 2011 ninguna empresa, ni pública y privada, hizo uso de la cláusula que permitía que cualquier empresa prestara el servicio de aseo, dado el levantamiento de la cláusula de exclusividad con ocasión de la licitación que quedó sin efecto, debido al pronunciamiento de la Corte Constitucional. Para ello, baste con recordar que en el proceso obran pruebas que demuestran que otras empresas sí solicitaron la aplicación del principio de libertad de empresa y el ingreso al relleno sanitario de Doña Juana, tal y como sucedió con la empresa AQUAPOLIS S. A. E. S. P., la cual hizo este tipo de peticiones desde finales del año 2011 y con reiteraciones en el año 2012.[429]

De similar modo, en lo que menos puede estar de acuerdo la Sala es en que el disciplinado manifieste que en Colombia no había un operador público o privado con la capacidad de asumir el servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá en condiciones de continuidad, pues su misma explicación es prueba de que su afirmación es incorrecta: «Lo podían hacer los cuatro existentes, dada su capacidad instalada en el Distrito»; y agréguese que había otro operador interesado en prestar el servicio de aseo, distinto a los cuatro existentes, como es el caso de la empresa AQUAPOLIS S. A. E. S. P.

Pero, además, recuérdese lo que explicó el testigo y consultor experto DARÍO ARTURO BELTRÁN, en el sentido de que la empresa «Aseo Especial» que él representaba ―diferente a las cuatro operadores habituales de Bogotá y al operador AQUAPOLIS― era un operador que podía prestar el servicio de aseo, refiriendo que en el país había por lo menos unas **quince empresas** que podían prestar el servicio. Agregó que su empresa y las otras **quince** tenían la experiencia para prestar el servicio de aseo urbano, en la medida en que en

[428] Confróntese con los minutos 21 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 3 de la versión.
[429] Confróntese con los folios 207 a 234 del anexo n.° 5 de la actuación.

todas las ciudades, excepto Medellín, Bucaramanga y ahora Bogotá, la prestación del servicio estaba en manos de operadores privados.[430]

Por ello, la respuesta a la pregunta de si era irregular prestar el servicio con la EAAB debe ser afirmativa, pues con uno, dos, tres, cuatro, cinco o hasta quince operadores privados existentes, era indiscutible que las empresas del Distrito no tenían la capacidad y la experiencia requerida, como sí las tenían las demás.

Igualmente, no puede aceptarse que el hecho de que la cláusula de reversión de los compactadores estaba en discusión ello significara entonces que las dos únicas empresas que tenían la capacidad eran las entidades públicas del Distrito, entre ellas, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. Esta afirmación es insostenible, pues la cláusula de reversión es un tema que hasta la fecha no se ha resuelto y los hechos sucedidos demostraron dos aspectos esenciales: 1. Durante los días 18, 19 y 20 de diciembre se generó una crisis y emergencia en la prestación del servicio de aseo, porque se contrató con las empresas de Distrito las cuales no tenían la experiencia y capacidad requeridas; y 2. Precisamente, por la contratación con los operadores privados, a los que el disciplinado catalogó como «incapaces técnicamente» y a los que se acudió en virtud de la urgencia manifiesta del 17 de diciembre de 2012, fue que la prestación del servicio se normalizó en los días siguientes y se evitó que la crisis fuera mucho mayor.

Por otra parte, la Sala no entiende qué efecto favorable pudo tener que de las dos empresas del Distrito, la EAAB tuviera una fortaleza financiera y económica, pues lo cierto es que el Distrito, en virtud del contrato 809 del 4 de diciembre de 2012, terminó pasando toda la responsabilidad de la prestación del servicio a la empresa Aguas de Bogotá, esta última empresa caracterizada precisamente por tener serios problemas financieros, tal y como lo reconoció el disciplinado y como lo demuestran algunas pruebas obrantes en el expediente.

7.4.4.13 Los hechos sucedidos en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 como muestra de la «capacidad y experiencia» de la EAAB, y la expedición del Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012.

7.4.4.13.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado señaló que tal vez se pudiera pensar que los hechos sucedidos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 podrían ser muestra de una supuesta incapacidad de la EAAB. No obstante, expresó que no estaba de

[430] Confróntese con los minutos 46 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.

acuerdo con esta conclusión, pues, al contrario, lo que demostraban esos mismos hechos era que las empresas del Distrito sí fueron capaces de evitar daños ambientales, muy a pesar de que se les privó de la cláusula de reversión de los vehículos compactadores. La razón de la anterior afirmación la explicó en que aún sin la flota de vehículos compactadores se garantizó la continuidad, la universalidad, la solidaridad y la eficiencia en la prestación del servicio público de aseo. La demostración de esta conclusión la argumentó en que, dado el rechazo escrito de las empresas privadas de la reversión de la flota de compactadores, la Alcaldía decretó la «Alerta Amarilla» a través del Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Que mediante este decreto se organizó el servicio de control y vigilancia sobre impactos ambientales que pudiera tener la ciudad de Bogotá, dado el rechazo de la reversión de la flota de compactadores y que la compra de una flota nueva o el alquiler de vehículos compactadores usados no podía estar lista para el 18 de diciembre de 2012. Sostuvo que habían varios escenarios que «planificaron»: el primero, la reversión de los compactadores por parte de los operadores privados; el segundo y ante el incumplimiento de esa reversión, la compra de una flota nueva de compactadores; el tercero y ante la imposibilidad de la compra, el alquiler de vehículos compactadores usados; el cuarto y ante la imposibilidad del alquiler de dichos vehículos, la prestación del servicio en volquetas; y el quinto y ante la imposibilidad de volquetas, la prestación del servicio por parte del Ejercito Nacional y el gobierno de Colombia.

De esa manera, señaló que todos los anteriores escenarios fueron analizados y que no se «casaron» con ninguno, porque lo primordial era la continuidad de la prestación del servicio, reconociendo que algunas de dichas medidas eran mejor que las otras. Pero que, en todo caso, la mejor de todas, en términos naturales, lógicos y jurídicos, era usar los mismos vehículos que poseían los operadores privados. Que, en virtud de ese Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, no solo se autorizó el uso de volquetas, sino que se creó un plan operativo de emergencia para detectar puntos críticos en toda la ciudad de Bogotá, con decenas de empleados, sistemas de comunicación, con redes de medición del aire, con las valoraciones de los vehículos usados a la entrada del relleno sanitario y, en últimas, con diversos sistemas que la autoridad ambiental dispuso para evaluar y medir los impactos ambientales en la prestación del servicio de aseo.

7.4.4.13.2 Consideraciones de la Sala.

Para la Sala, efectivamente los hechos sucedidos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 sí son una muestra de la incapacidad, no solo de la EAAB, sino de la empresa Aguas de Bogotá, pues esta tenía la obligaciones de adelantar las operaciones de prestación del servicio en virtud de lo acordado en el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012. Así, si estas

empresas hubiesen contado con la experiencia y los medios técnicos mínimos requeridos, es obvio que la crisis que enfrentó la ciudad durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no se hubiera presentado. Tan cierta es esta conclusión que hasta el mismo disciplinado así lo reconoce, solo que la forma de hacerlo es atribuyéndole la responsabilidad a los operadores privados por la no entrega de los vehículos compactadores en virtud de la cláusula de reversión, cuando lo cierto es que antes de haberse contratado este tema debió haber quedado plenamente dilucidado. Pero además, la incapacidad también está corroborada en la medida en que el operador público utilizó vehículos volquetas en algunas zonas hasta el mes de julio de 2013, en la medida en que progresivamente iba adquiriendo por diferentes vías y paulatinamente vehículos compactadores.

De la misma manera, no puede ser de recibo que la supuesta capacidad del Distrito se demuestre en que al no haber flota de vehículos compactadores de todas maneras se garantizó la continuidad, la universalidad, la solidaridad y la eficiencia en la prestación del servicio público de aseo, y que la comprobación de esta afirmación sea que el señor alcalde mayor de Bogotá expidió el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, por el cual se decretó la «Alerta Amarilla». En efecto, por una parte, durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no hubo la supuesta continuidad, la universalidad, la solidaridad y la eficiencia en la prestación del servicio público de aseo, pues es indiscutible el descomunal número de basuras dejadas de recoger durante esos días, lo cual puso en grave riesgo el medio ambiente y la salud de los ciudadanos del Distrito capital.

Por la otra, la expedición del Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012 contribuyó, en gran parte, a ese grave riesgo que se ocasionó en la ciudad, pues, en lo que concierne al uso de volquetas, dicha medida no era permitida por las normas reglamentarias que regían la materia. Precisamente, los vehículos tipo volqueta no contaban con protectores, carpas o coberturas, hechos en material resistente, para que se pudiera evitar al máximo posible el escape de dichas sustancias al aire; no eran equipos compactadores de residuo; no contaban con cajas compactadoras tipo cerrada para que impidieran el derrame y la pérdida de los líquidos o lixiviados; no contaban con un mecanismo automático que permitiera una rápida acción de descarga; no contaban con estribos con superficies antideslizantes, adecuados para que el personal del servicio de aseo pudiera transportarse momentáneamente en forma segura; no posibilitaban el cargue y el descargue de los residuos sólidos almacenados, de forma tal que se evitara la dispersión de éstos y la emisión de partículas. En últimas, estos automotores no contaban con las especificaciones técnicas para la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá, pues ellos tenían una capacidad mucho menor que un vehículo compactador, lo cual retrasó y afectó seriamente la operación, desconociéndose las reglas contenidas en los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002. Por ello, lo que ocasionó la expedición del Decreto 570 de 2012 fue el desconocimiento de

reglas sobre el uso de vehículos compactadores para una ciudad de más de 8.000 usuarios en la prestación del servicio de aseo, lo cual jamás podrá significar que eso era una muestra de la «capacidad del Distrito».

Ahora bien, la Sala estima manifiestamente errada la aseveración del disciplinado en cuanto a que una prueba de la debida «planificación» del Distrito fue la contemplación de varios escenarios, entre ellos la reversión de los compactadores, la compra de una flota nueva de estos vehículos, el alquiler de estos, la prestación del servicio en volquetas y, en últimas, la prestación del servicio por parte del Ejercito Nacional y el gobierno de Colombia.

Precisamente, lo anterior demuestra todo lo contrario: una absoluta improvisación y falta de planeación para prestar el servicio de aseo en una ciudad como la de Bogotá, al contemplarse una serie de medidas excluyentes y anti reglamentarias en tan escaso tiempo (último trimestre del año 2012). Si a esto se agrega que en el mes de septiembre de 2012 se consideró crear una empresa totalmente nueva y que en una serie de posibilidades se contempló hasta la prestación del servicio de aseo por parte de miembros del Ejército Nacional —pero que al menos ello no sucedió dado que la UAESP finalmente decidió contratar otra vez con los operadores privados—, la conclusión obvia es que en el Distrito de Bogotá no había planeación y sí una posición absolutamente radical de que las empresas del Distrito tuvieran que prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a como diera lugar.

7.4.4.14 Sobre la «actitud criminal» de los operadores privados en la ciudad de Bogotá durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, los cuales, en sentir del disciplinado, son los responsables de las crisis en la prestación del servicio de aseo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

7.2.14.1 Argumentos del disciplinado.

Como una consideración a la que denominó sustancial, el disciplinado llamó la atención sobre otras razones por las que se acumularon un número considerable de residuos y basuras en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, siendo estos los días más críticos. En tal sentido y luego de efectuar algunas explicaciones sobre el sistema de pesaje y los reportes de ingresos de residuos al relleno sanitario de Doña Juana, manifestó que, además de la actitud de los operadores privados de no entregar los compactadores, también para los días 13, 14, 15, 16 y 17 de diciembre de 2012 estos dejaron de recoger un número significativo de basuras.[431]

[431] Confróntese con los minutos 45 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 3 de la versión. Y nuevamente en los minutos 23 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.

Para probar la anterior afirmación, hizo entrega de un reporte de ingresos de residuos firmados por la interventoría al relleno sanitario de Doña Juana. Que la valoración de ese reporte permitía concluir que mientras en los días 13, 14, 15, 16 y 17 de diciembre del año 2011 se habían recogido por parte de los operadores privados un número determinado de basuras, para esas mismas fechas del año 2012 hubo una disminución muy importante de basuras que no ingresaron al relleno sanitario de Doña Juana y, por ende, dejadas de recoger en las ciudad de Bogotá. En otras palabras, que durante los cinco días anteriores al 18 de diciembre de 2012 los operadores privados dejaron de recoger un número considerable de basuras. Que, según las cifras de los reportes, probablemente durante los días 13, 14, 15, 16 y 17 de diciembre de 2012 se dejaron de recoger unas siete mil ochocientas noventa y tres (7.893) toneladas aproximadamente, cálculos que se hacían a partir de lo que estos mismos operadores privados habían entregado en el año inmediatamente anterior. Que, inclusive, se hizo otra medición, no entre las fechas, sino por días determinados de la semana (lunes con lunes, martes con martes, miércoles con miércoles, jueves con jueves, viernes con viernes, sábado con sábado y domingo con domingo), entre los días anteriores del 18 de diciembre del año **2011** y los días anteriores del 18 de diciembre del año **2012**, análisis que también confirmaba el número inusual de las basuras dejadas de recoger. Sin embargo, agregó que con este análisis el número de basuras dejadas de recaudar durante los días jueves (13 de diciembre de 2012), viernes (14 de diciembre de 2012), sábado (15 de diciembre de 2012), domingo (16 de diciembre de 2012) y lunes (17 de diciembre de 2012) se dejaron de entregar un total de tres mil ciento veintiún (3.121) toneladas de basuras aproximadamente. Igualmente, que durante los cinco días anteriores al 18 de diciembre de 2012 hubo una reducción de ingreso de vehículos de los operadores privados. Con todo, concluyó, según el informe, que el aproximado de toneladas de recoger fue de cinco mil quinientos siete (5.507) de toneladas, valor que resultaba de promediar las dos cifras calculadas tanto por fechas como por días. Que todo esto significaba que antes del 18 de diciembre de 2012 había un deterioro en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, tal y como lo corroborara la misma queja interpuesta por el defensor del pueblo, pero endilgándole tal situación a la administración distrital.

Así las cosas, que si esta situación estaba demostrada en datos «concluyentes», la conclusión era que por parte de los operadores privados había una actitud preconcebida y planificada, no solamente consistente en la no entrega de la flota de los compactadores sino que adicionalmente no recogieron los residuos. Inclusive, planteó, de manera subsidiaria, que si se recogieron las basuras, estas no las entregaron al relleno sanitario de Doña Juana, para después probablemente regarlas por las calles de la ciudad. Que si esto era así, como lo demostraban las cifras, el comportamiento de los operadores privados era «criminal» en contra de los intereses de la ciudad. Que el operador público

recogió el número suficiente de basuras que normalmente debería haber en las calles de la ciudad. Que para el 18 de diciembre de 2012 por las calles de la ciudad había un acumulado de miles de toneladas que los operadores dejaron de recoger y que, peor aún, volvieron a botar por las calles produciendo la crisis, situación que de todas maneras sorteó el Distrito evitando daños ambientales. Así las cosas, concluyó que la crisis que vivió la ciudad para esos días de diciembre de 2012 no obedeció a una falta de planeación o improvisación y, en consecuencia, no podía haber ninguna irregularidad atribuible a las entidades del Distrito y al alcalde mayor. Que fue suficiente con las medidas que se tomaron, como el hecho de prestar el servicio en vehículos volquetas y volver a contratar a los operadores privados, aspecto este último al que se acudió dada la presión de las basuras acumuladas en las calles. Sostuvo que no se incumplieron normas, ni se hicieron procedimientos irregulares, por lo menos en la esfera del acalde mayor, y que si se hicieron en medio de estos procedimientos él mismo estaba dispuesto a asumir las respectivas investigaciones. En todo caso, que gracias a las medidas que se tomaron no se pasó de la amenaza al daño ambiental.[432]

7.4.4.14.2 Consideraciones de la Sala.

Para la Sala no es de recibo la explicación ofrecida por el disciplinado en cuanto a una presunta actitud «criminal» por parte de los operadores privados durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, por las razones que pasan a exponerse.

En primer lugar y partiendo de que haya sido cierto que se hubiese presentado una disminución en la recolección de basuras en las calles de la ciudad de Bogotá, atribuible en esa hipótesis a los operadores privados, no es posible llegar a la conclusión de que el supuesto número de basuras dejadas de recoger durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 haya podido ser igual al número de basuras dejadas de recaudar durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Las razones para llegar a esa conclusión son las siguientes: 1. No hay evidencias que permitan considerar que se hayan dejado de acopiar un número de basuras como ocurrió durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, tales como registros fílmicos, noticias o quejas como las que sí se presentaron durante los días de la crisis que vivió la ciudad de Bogotá; 2. En los días anteriores al 18 de diciembre de 2012, la prestación del servicio de aseo estaba a cargo de los operadores privados, por lo que en virtud de esos contratos era deber de la UAESP y de quien tenía a cargo la interventoría procurar que la prestación del servicio se prestara correctamente; 3. En todo caso, el mismo disciplinado, según los reportes entregados, explicó que lo que

[432] Confróntese con los minutos 45 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 3 de la versión.

se presentó fue una reducción, lo cual no es comparable con la situación acaecida del 18 al 20 de diciembre de 2012.

En segundo lugar y relacionado con lo anterior, el disciplinado afirmó que para los días 18 a 20 de diciembre de 2012 se acumularon tanto las basuras dejadas de recoger en días anteriores, por causa de los operadores privados, como las que se produjeron esos mismos días de la crisis. En otras palabras, que para los días 18 a 20 de diciembre de 2012, no solo había basuras atribuibles a estos precisos días, sino las dejadas de recoger durante el 13, 14, 15, 16 y 17 de diciembre de 2012. Si esto fuera cierto, se pregunta la Sala lo siguiente: ¿por qué, con un número gigantesco de basuras regadas en la calles de la ciudad de Bogotá, de todas maneras se presentaron reducciones tan considerables de los residuos sólidos dejados de llevar al relleno sanitario de Doña Juana?

Al respecto, se debe recordar que como prueba se analizó el informe de visita realizado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de fecha 18 a 20 de diciembre de 2012.[433] En este documento se pudo observar cuántas toneladas de basuras, en promedio, dejaron de ingresar al relleno sanitario de Doña Juana para los días del mes de diciembre de 2012, así[434]:

1. Para el 18 de diciembre de 2012: se dejaron de recibir 3.567 toneladas de basuras aproximadamente, lo que representó una disminución del 83% del promedio para los días martes del mes de diciembre.

2. Para el 19 de diciembre de 2012: se dejaron de recibir 2.274 toneladas de basuras aproximadamente, lo que representó una disminución del 43% del promedio para los días miércoles del mes de diciembre.

Es decir que, según los datos de la Superintendencia Servicios Públicos Domiciliarios, entre los días 18 y 19 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá se dejaron de recoger 5.841 toneladas de basura aproximadamente.

Si así son las cosas, no se entiende cómo, habiendo tal número de basuras en las calles en la ciudad de Bogotá, como lo expuso el disciplinado, las razones por las cuales se produjo la reducción tan considerable al relleno sanitario de Doña Juana, estimativo que llegó a las 5.841 toneladas de basura aproximadamente. Así, si el disciplinado tuviera la razón, la conclusión obvia sería que ese promedio de ingreso de basuras al relleno sanitario de Doña

[433] Visible en los folios 429 a 445 del anexo n.° 14 de la actuación. Esta documentación fue allegada mediante la comunicación del 13 de febrero de 2013, de la procuradora delegada preventiva para la Función Pública, incorporada al expediente mediante el auto del 20 de febrero de 2013 (Ver folio 130 del cuaderno original n.° 1 de la actuación).
[434] Ver específicamente los cuadros y porcentajes, que corresponden con los folios 432 y 433 del anexo n.° 14 de la actuación.

Juana no hubiese bajado de forma tan considerable y que, de todas maneras, en las calles de la ciudad de Bogotá, hubiese persistido la acumulación de otro número significativo de basuras. Más gráficamente: que parte del total de basuras, tanto las producidas durante los días 18 a 20 de diciembre de 2012 más las dejadas de recoger en los días anteriores, supuestamente, por los operadores privados hubiesen quedado en las calles, pero demostrando que el promedio de ingreso al relleno no se había disminuido, como para considerar que la causa de no recolección de basuras hubiese obedecido a un aumento anormal de basuras en las calles de la ciudad. Por ello, si fuera cierto lo que expone el disciplinado, la Sala no entiende cómo a mayor número de basuras en las calles se dio un ingreso sustancialmente menor al relleno sanitario; es decir, con un enorme número de basuras en las calles, se terminó recogiendo significativamente menos de lo normal. De tal forma, tampoco es cierto que el operador público recaudó el número suficiente de basuras que normalmente debería haber en las calles de la ciudad.

De esa manera, la Sala se remite a todas las consideraciones en las que se contestaron los argumentos de descargos y alegatos de conclusión sobre este aspecto de defensa, en la medida en que el Distrito, en una u otra posibilidad, no pudo recoger las 5.841 toneladas de basura aproximadamente, que como mínimo se daban entre los días 18 y 19 de diciembre de 2012 (más las del día 20 de diciembre de 2012), situación que se dio por no tener vehículos compactadores —como en otros apartes lo reconocieron los sujetos procesales, aunque trasladándole la culpa a los operadores privados— y por haber prestado el servicio en vehículos volquetas. Por ello, las explicaciones ofrecidas por los testigos TULIO EDUARDO SARMIENTO y ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO se estimaron satisfactorias, a las cuales la Sala se remite en su integridad.

Y en tercer lugar, lo que el disciplinado explicó como sortear la crisis en virtud de las medidas del Distrito, la Sala lo entiende, a partir de las pruebas recaudadas, en el sentido de que la prestación del servicio se normalizó porque la UAESP volvió a contratar con los operadores privados, con lo cual se evitó que la crisis en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá fuera mucho mayor a la acaecida.[435] Por ello, no es cierto que lo que neutralizó el servicio de aseo fue la prestación del servicio en vehículos volqueta, según se autorizó con el Decreto 570 de 2012, pues si dicha afirmación fuera cierta no hubiese tenido ningún sentido haber decretado la urgencia manifiesta y volver a contratar a los operadores privados. Por el contrario, de haberse continuado la prestación del servicio en volqueta en los días siguientes a la crisis en todas las áreas de la ciudad de Bogotá, como en principio lo permitió el señor alcalde mayor de Bogotá, la situación hubiese llegado a unas proporciones de daño totalmente inimaginables, a pesar de que quedó demostrado que en las zonas asignadas al nuevo operador público dicha situación irregular se extendió en

[435] Confróntese con los folios 163 a 201 del anexo n.° 21 de la actuación.

forma decreciente hasta el mes de julio de 2013, conforme le iban llegando a las entidades públicas los vehículos compactadores.

7.4.4.15 La tesis del alcalde sobre la cláusula de reversión fue defendida por la justicia Colombiana, por lo cual los únicos culpables de la crisis acaecida en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 son los operadores privados.

7.4.4.15.1 Argumentos del disciplinado.

Retomando el tema de la cláusula de reversión en los contratos de concesión del servicio público de aseo, el disciplinado señaló que la posición de la administración y del alcalde para que los operadores privados devolvieran los vehículos compactadores fue pública durante todo el año 2012 y que esta tesis vino a ser defendida por la justicia colombiana. Afirmó que el juez noveno administrativo de oralidad, a partir de una acción de cumplimiento, así lo hizo, al considerar que los contratistas debieron entregarle al Distrito todos los bienes que permitieran la continuidad del servicio de aseo, entre ellos los vehículos automotores para realizar las actividades de prestación del servicio público, controles y supervisión. Que, según esta sentencia, llamaba la atención el hecho notorio de retención de estos bienes por parte del contratista, lo cual era un atentado contra la sociedad, amenaza a la salud pública, al medio ambiente y a la institucionalidad. Que sobre los bienes ajenos no podía ejercerse justicia por mano propia en contra de la sociedad que le remuneró su servicio. Adujo que una de las razones para que el juez hubiera llegado a esta conclusión fue considerar la cláusula de reversión como un elemento esencial del contrato de concesión. Para tal efecto y luego de leer algunos apartes de esta providencia, aportó una copia de ella, la cual es de fecha 22 de marzo de 2013, del juez noveno administrativo de oralidad. Complementó esta explicación diciendo que esta misma acción de cumplimiento había sido interpuesta por la misma persona ante el juez séptimo contencioso administrativo del circuito de Bogotá, la cual, aunque por otras razones relacionadas con la libertad de empresa, había sido negada. Para ello, también aportó copia de esta sentencia, de fecha 5 de febrero de 2013. De ahí que en la sentencia del 22 de marzo de 2013 del juez noveno administrativo de oralidad se hubiera declarado la cosa juzgada, aunque con la inclusión de las razones fundamentales expresadas sobre la consideración de que los operadores privados debieron devolverle al Distrito la flota de compactadores. Que, en todo caso, ese juez noveno administrativo consideró que había una justificación de la preocupación de todas las autoridades y organismos de control para obtener que esos bienes públicos se entregaran al Distrito en el estado en el cual se encontraban a la fecha de

terminación del contrato, situación que ameritaba la intervención de la Fiscalía General de la Nación.[436]

De manera especial, añadió que ninguna entidad como la Contraloría de Bogotá, la Procuraduría o la Defensoría del Pueblo, entre otras, consideraron las implicaciones de la aplicación obligatoria de la cláusula de reversión. Que de manera excepcional solo lo hizo la Contraloría Distrital, cambiando su posición de manera reciente y posterior, lo cual se demostraba en unos documentos del año 2013 que adjuntaba, concluyendo que sí era procedente la cláusula de reversión. Para ello, leyó algunos apartes y adjuntó una copia de dichos documentos, los cuales corresponden con los folios 269 a 277 del anexo n.° 32 de la actuación.[437]

Por estas razones, insistió en que los culpables de la crisis ocurrida en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 eran los operadores privados, quienes con su actuar, al no entregar la flota de compactadores, colocaron a toda la ciudad en un riesgo ambiental.[438]

7.4.4.15.2 Consideraciones de la Sala.

Para la Sala, estas acotaciones ofrecidas por el disciplinado tampoco pueden ser de recibo como una explicación suficiente respecto de las decisiones tomadas durante el segundo semestre del año 2012. En efecto, si bien es cierto que el investigado aportó la copia de la sentencia del 22 de marzo de 2013 del juez noveno administrativo de oralidad[439] y que esta decisión comparte la tesis de que se debía aplicar sin excepción la cláusula de reversión en todos los contratos de concesión, este pronunciamiento en ningún momento resolvió la cuestión de fondo, en lo que tiene que ver con la efectiva reversión de los vehículos compactadores al Distrito. Si se observa con atención, el objeto central de dicho pronunciamiento fue declarar la cosa juzgada con ocasión de un acción de cumplimiento, y las razones que plasmó con relación a la cláusula de reversión únicamente justificaron la expedición y envío de copias a la Fiscalía General de la Nación para que se investigaran los hechos relacionados

[436] Confróntese con los minutos 7 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[437] Confróntese con los minutos 34 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[438] Confróntese con los minutos 22 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 4 de la versión. Y de manera expresa, recordando todos los oficios que se le enviaron a los operadores privados solicitando la reversión, en los minutos 46 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 4 de la versión. Igualmente, de manera enfática, en los minutos 25 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión. Dijo que los operadores privados «multiplicaron el riesgo por cinco o diez veces», debido que no entregaron los compactadores y que no recogieron las basuras durante los cinco días previos al 18 de diciembre de 2012, lo cual constituía una conducta criminal por parte de estas empresas. De la misma manera, en los minutos 32 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[439] Visible en los folios 278 a 288 del anexo n.° 32 de la actuación.

con la reversión de los vehículos compactadores. En tal sentido, de manera alguna dicha decisión judicial resolvió dicho asunto, para haber definido en favor del Distrito o a los operadores privados su derecho sobre la flota de compactadores que fueron utilizados para la prestación del servicio.

Sin embargo, al margen de lo anterior, la Sala debe insistir en que la resolución de dicho problema jurídico de manera posterior, bien en favor de una u otra parte, no explicará ni justificará que se haya contratado con entidades del Distrito sin experiencia y sin la capacidad técnica requerida, en especial, por no haber contado con los vehículos compactadores para la prestación del servicio de aseo. A la fecha de la presente decisión, ese asunto ni siquiera ha sido resuelto, muy pesar de las consideraciones plasmadas por la juez que decidió enviar las respectivas copias a la Fiscalía General de la Nación. Como una muestra más de que en el año 2013 dicho asunto no se ha podido resolver, ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, representante legal de la empresa LIME, —quien refirió algunas razones por las cuales que no se tenían que devolver los compactadores y que esa situación la debería dirimir en un Tribunal de Arbitramento—[440] explicó que en el año 2012 compró una flota nueva de equipos y que algunos de los compactadores objeto de la controversia los tenía en su empresa hasta que se resolviera el asunto.[441] Incluso, añadió que el Distrito ya no quería esos camiones, sino dinero, para lo cual supuestamente la administración estaba pidiendo la suma de dieciséis mil millones de pesos ($16.000’000.000).[442]

De esa manera, la conclusión apenas obvia es que en el momento en que la autoridad correspondiente resuelva la propiedad de esos vehículos en favor de alguna de las dos partes —Distrito u operadores privados— ello no podrá explicar la incapacidad que tuvieron las entidades el Distrito al momento de haber firmado los contratos interadministrativos, como tampoco el día en que inició el nuevo modelo y parte del primer semestre del año 2013 conforme le iban llegando los vehículos adecuados a las entidades públicas. Por lo tanto, la incertidumbre sobre a quién le pertenecía el derecho sobre la flota compactadora de nada sirvió en el momento en que se ocasionó la crisis durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, pues lo cierto es que las entidades no contaron, para esa época, con los vehículos técnicos requeridos. Es más, aceptando la tesis del disciplinado, era claro que desde finales del año 2011 —tema del resorte de la anterior administración— y durante todo el año 2012 —para la presente administración— el tema de la cláusula de reversión debió haberse resuelto, pues los contratos de concesión habían culminado desde el mes de septiembre de 2011. En tal forma, no puede aceptarse que en

[440] Confróntese con los minutos 24 y siguientes del primer archivo de la declaración del señor ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO, visible en el anexo n.° 42 de la actuación.
[441] Ibídem. Minutos 26 y siguientes del primer video de la declaración.
[442] Ibídem. Minutos 3 y siguientes del segundo video de la declaración.

gracia a que debía hacerse efectiva la cláusula de reversión ello lo fuera a partir del 18 de diciembre de 2012. Por el contrario, en el tema de los vehículos compactadores hubo constante improvisación a cargo de las entidades del Distrito en cabeza de su alcalde mayor, demostrada en diferentes caminos como la compra y el alquiler de vehículos, que tampoco funcionó para solventar la capacidad técnica para prestar tan importante servicio. En consecuencia, no hubo una correcta planeación y, por ello, hubo protuberantes fallas en la elaboración de los estudios previos, lo cual generó que se hayan violado las disposiciones legales de índole contractual, al no haberse cumplido con la selección objetiva del contratista. El señor alcalde mayor y sus funcionarios directivos, so pretexto de que debía ser una entidad pública la que debía asumir la prestación del servicio de aseo y para cumplir con el plan de la inclusión de la población recicladora, siempre mantuvieron la posición, de manera inexplicable, de que las empresas del Distrito debían prestar el servicio, a sabiendas de que para el año 2012 no contaban con la experiencia y con los equipos mínimos requeridos. Por ello, vuelve a cobrar importancia lo que, sobre el particular, el mismo gerente de la EAAB le dijo al señor alcalde mayor de Bogotá en los meses de julio y agosto de 2012.

7.4.4.16 Consideraciones sobre el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 y sobre el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, celebrado entre la UAESP y la EAAB.

7.4.4.16.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado manifestó que el contrato interadministrativo 017 (celebrado entre la UAESP y la EAAB) se fundamentó y tenía su sustento en el Decreto 564 de 2012. Que el Decreto 564 de 2012 era de su autoría, más no así el contrato interadministrativo 017, el cual era de la órbita de las entidades del Distrito, ejecutoras con autonomía, como lo era la UAESP y la EAAB. Que, de todas maneras, ese Decreto 564 de 2012 gozaba de presunción de legalidad a la fecha. Así mismo y para desvirtuar el objeto de algunas quejas que obraban en el expediente, expresó que el contrato interadministrativo 017 gozaba de todos los estudios técnicos, financieros, jurídicos y de planificación propia, hechos tanto por la UAESP como por la EAAB, por lo cual la tesis de que había una improvisación a la firma del convenio no era cierta; que era falso que no existiesen esos análisis, porque obraban en el proceso. Seguidamente y después de efectuar algunas consideraciones sobre la legislación de los contratos interadministrativos según la Ley 80 de 1993, insistió que la EAAB sí tenía dentro de su objeto la prestación del servicio público de aseo, conforme a las reformas estatutarias que había explicado con anterioridad, por lo cual

tampoco era cierto que el objeto de la EAAB no correspondía con la prestación de este servicio público, como lo señalaban algunas de las quejas.[443]

7.4.4.16.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, es incorrecto afirmar que el contrato interadministrativo 017 de 2012, celebrado entre la UAESP y la EAAB, se haya fundamentado en el Decreto 564 de 2012, pues, como ha quedado dilucidado a lo largo de la presente decisión, el referido convenio se celebró el 11 de octubre de 2012, mientras que el Decreto 564 se profirió el 10 de diciembre del mismo año. Por el contrario, si se considera que el modelo adoptado por el Distrito al que se denominó «transicional» era el fundamento para permitir la contratación de la EAAB, la cronología de dichos sucesos reafirma el desorden de la misma administración, pues, en esa hipótesis, el deber ser era que primero se profiriera del Decreto y después que se firmara el convenio a través del cual la EAAB asumiera la prestación del servicio de aseo, siempre y cuando el contratista tuviera la experiencia y la capacidad requeridas y que no se afectara el principio de libertad de empresa que regía en la ciudad. En el presente caso, sucedió todo lo contrario: primero, se firmó el contrato interadministrativo 017 de 2012; después la EAAB adelantó trámites para la compra de vehículos compactadores; seguidamente, el Distrito le pasó toda la responsabilidad de la operación a la empresa Aguas de Bogotá en virtud del otro convenio 0809 de 2012; acto seguido, esta empresa adelantó algunos trámites contractuales totalmente irregulares para alquilar los vehículos; y finalmente el señor alcalde mayor de Bogotá expidió el Decreto, dándole la exclusividad a las empresas del Distrito y creando un modelo de prestación del servicio de aseo por fuera del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, es cierto que mientras el Decreto 564 de 2012 fue de la autoría del señor alcalde mayor de Bogotá, el contrato 017 de 2012 fue del resorte del director de la UAESP y del gerente de la EAAB. Sin embargo, este acuerdo de voluntades fue la consecuencia de la instrucción clara e inequívoca que el señor alcalde le dio a estos funcionarios subordinados a él, pues conforme lo relató CAROS ALBERTO ACERO ARANGO el mandatario distrital le dijo al gerente DIEGO BRAVO que se pusiera de acuerdo y buscara la fórmula para que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo. Además, al lado de esta prueba tan clara, varios indicios corroboran la tesis de la determinación del señor alcalde mayor de Bogotá, pues en documentos quedó demostrado que dicha decisión fue una idea del gobierno distrital; así mismo, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición del alcalde mayor de Bogotá, era el presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad de Bogotá;

[443] Confróntese con los minutos 50 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 4 de la versión.

igualmente, los temas relacionados con el servicio público de aseo fueron tratados en reuniones llevadas a cabo en el despacho del señor alcalde mayor de Bogotá, con su presencia y dirección, las cuales se presentaron en número considerable durante el segundo semestre del año 2012; de la misma manera, el disciplinado, en varios actos públicos y oficiales, asumió como suya la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo. Inclusive, el hecho de que el señor alcalde hubiese proferido el Decreto 564 de 2012 de manera posterior al contrato interadministrativo también refuerza la idea de que la decisión de que se asumiera el servicio por parte de las entidades del Distrito era suya, pues este Decreto era el que le daba la exclusividad en la prestación del servicio de aseo y a través de sus entidades ponía las condiciones para que determinadas empresas privadas lo pudieran hacer pero por la vía de la subcontratación y en las áreas que aquellas decidieran.

En tercer lugar, es innegable que el Decreto 564 de 2012 goza de presunción de legalidad, pero ello no impide que a través de un acto administrativo no se puedan cometer conductas constitutivas de falta disciplinaria. Si esto no fuera así, el legislador no hubiese contemplado algunos tipos disciplinarios como los contenidos en los numerales 37 y 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, los cuales, para efectos de la respectiva adecuación típica, no exigen ningún tipo de prejudicialidad, dada la autonomía e independencia que caracteriza al derecho disciplinario como subespecie de derecho sancionador. Además, se ha explicado en forma suficiente las diferencias de esa jurisdicción con la que tiene a cargo la investigación y juzgamiento de conductas constitutivas de faltas disciplinarias.

Y en cuarto lugar, no es de recibo que se diga que el contrato interadministrativo 017 gozaba de todos los estudios técnicos, financieros, jurídicos y de planificación propia, pues, como quedó dilucidado, fueron innumerables las deficiencias de los estudios en cuanto a la experiencia y la capacidad técnica y operativa. Adicionalmente, la mejor muestra de las anomalías de los estudios fue que por razones de inidoneidad la EAAB terminó trasladándole la responsabilidad de las operaciones para prestar el servicio de aseo a la empresa Aguas de Bogotá. Así mismo, si bien la EAAB tenía dentro de su objeto social la prestación del servicio de aseo, esto solo vino a ocurrir a partir del Acuerdo del 5 de septiembre de 2012; es decir, a escaso mes y medio de la firma del contrato interadministrativo 017 de 2012, situación que también demostraba la total inexperiencia de la EAAB para presar el servicio de aseo en el cien por ciento de la ciudad de Bogotá. En suma, primero el señor alcalde decidió y luego se procedió a cumplir algunas formalidades que eran necesarias, pero con la realidad inocultable de que las entidades del Distrito no estaban preparadas para asumir dicha responsabilidad.

7.4.4.17 Consideraciones por las cuales el contrato interadministrativo 017 de 2012 no restringió la libertad de empresa.

7.4.4.17.1 Argumentos del disciplinado.

El disciplinado expresó que con la firma del contrato interadministrativo 017 de 2012 (celebrado entre la UAESP y la EAAB) tampoco era cierto que se haya creado un monopolio para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, afectando la libre competencia, tal y como lo afirmaban algunas quejas. Que, inclusive, así lo ratificaba la sentencia del 5 de febrero de 2013 de la juez séptima contencioso administrativo (cuya copia aportó) y de la cual leyó algunos de sus apartes. Sobre este aspecto agregó que tampoco tenía razón la procuradora TATIANA LONDOÑO (procuradora delegada con funciones preventivas), quien así también lo sugería en varios de sus escritos. De esa manera y luego de resaltar algunas citas jurisprudenciales contenidas en esa sentencia, destacó que la libre competencia y la libertad económica no eran absolutas. Así mismo, que como en esa sentencia se analizaron los contratos que había suscrito la UAESP con los operadores privados, entre ellos, LIME, ASEO CAPITAL, CIUDAD LIMPIA y ATESA, con ocasión de la urgencia manifiesta n.° 768 del 17 de diciembre de 2012, la juez consideró que no se abusó de la posición dominante y que, en consecuencia, no se había violado el principio de libertad de empresa. Según la sentencia, la recolección de basuras no se concentró en un solo ente, sino que otros sujetos, en virtud de la urgencia manifiesta, participaron en la contratación que celebró la UAESP, con lo cual se garantizaba la libre competencia. A todo esto agregó que al 17 de diciembre de 2012 le era imposible al Distrito efectuar una licitación para la prestación del servicio de aseo, dados los requisitos para la implementación de las ASE, especialmente, por la verificación de motivos que debía hacer la CRA. En resumen, recalcó que la administración distrital no constituyó ningún monopolio y que, por ende, no había restricción de libertad de competencia, tal y como lo demostraba el fallo del 5 de febrero de 2013.[444]

7.4.4.17.2 Consideraciones de la Sala.

En primer orden, es cierto que con la firma del contrato interadministrativo 017 de 2012, celebrado entre la UAESP y la EAAB, no se pudo crear un monopolio para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Sin embargo, en un primer momento, esa exclusividad fue creída y defendida por las entidades del Distrito y su alcalde mayor, lo que generó las advertencias de las diferentes entidades y organismos de control para decirle al mandatario distrital y a las

[444] Confróntese con los minutos 1.04 y siguientes del primer archivo del DVD n.° 4 de la versión. Así mismo, con los minutos 1 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.

entidades como la UAESP y la EAAB que en la ciudad de Bogotá regía la libertad de empresa.

Pese a lo anterior, la administración era de la tesis de que solo una entidad pública podía prestar el servicio y por eso algunos medios de comunicación registraron que a partir del 18 de diciembre de 2012 se iban a tomar medidas policivas. Revísese, por ejemplo, el titular «Hasta con Policía, Petro impedirá el servicio de aseo de empresas privadas», registrado el día 13 de noviembre de 2012 en el diario *El Tiempo.* [445] Esta noticia recogió las declaraciones dadas por el señor acalde mayor de Bogotá en una entrevista, en las que el burgomaestre distrital hizo referencia a que a partir del 18 de diciembre de 2012 el único autorizado a prestar el servicio de aseo en la ciudad era la EAAB. Igualmente, al lado de este elemento adicional de análisis, el cual simplemente registró hechos notorios y conocidos por toda la opinión pública, se encuentran las declaraciones de dos representantes legales de empresas privadas, a quienes les constó esta misma situación. En efecto, TULIO EDUARDO SARMIENTO y ÓSCAR SEBASTIÁN ALESSO manifestaron en sus testimonios que antes de la expedición del Decreto 564 de 2012 creían y tenían toda la intención de seguir prestando el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, pero que una vez se expidió dicho acto administrativo se generó una situación de «incertidumbre» y que todo pasó a ser un «limbo jurídico», concluyendo que ya no podía prestar más el servicio de aseo como de tiempo antes lo venían haciendo.

Así las cosas, obsérvese que incluso antes de la expedición del Decreto 564 de 2012, se generó la alerta de varias entidades y originó que varias empresas privadas interpusieran las respectivas denuncias ante la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que actualmente adelanta la respectiva investigación, en la que tiene vinculado al disciplinado en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá. Con todo y eso, el acto que finalmente quiso constituir ese «monopolio» fue el Decreto 564 de 2012, el cual posibilitó la exclusividad que había sido decidida meses antes por el señor alcalde mayor de Bogotá.

En segundo orden, es cierto que una sentencia del 5 de febrero de 2013 de la juez séptima contencioso administrativo, cuya copia aportó el disciplinado, consideró que no había existido abuso de la posición dominante por parte de la EAAB, por cuanto la recolección de basuras no se había concentrado en un solo ente, sino que también habían participado otros sujetos, haciendo referencia a los operadores privados que nuevamente fueron contratados por la UAESP, en virtud de la urgencia manifiesta del 17 de diciembre de 2012.

[445] Diario El Tiempo. Noticia del 13 de noviembre de 2012. Ver folios 25 y 26 del anexo n.° 28 de la actuación.

Sin embargo, si se mira con atención la sentencia aportada por el disciplinado, fácil será comprender que en ella no se tuvo en cuenta la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, el cual fue el que creó dicho esquema «transicional», por fuera del ordenamiento jurídico y con afectación al principio de libertad de empresa. Es indudable que ni en las pretensiones del demandante, ni en los hechos, ni en las consideraciones de la juez, se tuvo en cuenta la expedición de este Decreto, lo cual era absolutamente necesario para definir si el nuevo modelo afectaba o no el principio de libertad de empresa. Ahora bien, si las pretensiones de la acción de cumplimiento estaban edificadas en que solo la EAAB iba a prestar el servicio de aseo, pero se demostró que otras empresas particulares sí lo prestaron después del 18 de diciembre de 2012, resulta entendible el porqué dicha juez negó la acción de cumplimiento impetrada por el particular. No obstante, para la Sala es necesario que dentro de la acción judicial que corresponda se haga alusión a la expedición del Decreto 564 de 2012 y que se revisen detenidamente los artículos que efectivamente restringieron la libertad de empresa, y poner de presente que el hecho de que la administración distrital hubiese subcontratado con los operadores privados, con ello, en manera alguna, se restablecían las condiciones de igualdad para prestar el servicio, pues es inobjetable que mientras esté vigente el Decreto 564 de 2012 las condiciones las fijará las entidades del Distrito, en cuanto a términos, áreas y subcontratistas, sin que medien Áreas de Servicio Exclusivo. En consecuencia, la participación de algunos operadores privados será temporal y restringida mientras las entidades públicas solventen sus problemas de incapacidad técnica, para ir aumentando su porcentaje de participación en la prestación del servicio, hasta el punto de no tener más que subcontratar con las empresas privadas, reflexión que de tenerse en cuenta haría entendible el porqué el nuevo modelo de aseo denominado «transicional» sí afecta ese principio de orden constitucional. Tan cierta es esta afirmación que dicha situación ya ocurrió con la empresa ATESA, la cual, una vez al Distrito le llegaron varios de sus compactadores, se prescindió de sus servicios como subcontratista en el mes de abril de 2013, al no ser necesario la continuación del contrato que tenía suscrito con la UAESP.[446]

Y en tercer orden, la Sala está de acuerdo en que la libre competencia y la libertad económica no son absolutas. Pero precisamente estas restricciones están establecidas en el ordenamiento jurídico, en virtud de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), conforme lo dispone el artículo 40 de la Ley 142 de 1994. Por ello, mientras se adelantaban los trámites correspondientes para la implementación de las ASE, es dable entender que la ciudad de Bogotá debía continuar bajo el principio de libertad de empresa; es decir, sin ninguna

[446] Confróntese con la comunicación recibida el 23 de agosto de 2013, suscrita por la entonces directora de la UAESP NELLY MOGOLLÓN, visible en los folios 1440 y siguientes del cuaderno original n.° 6 de la actuación.

limitación injustificada y sin ninguno modelo transicional no autorizado por la ley, tal y como ocurrió en la ciudad de Bogotá desde el mes de septiembre de 2011, a partir de que la Corte Constitucional dejó sin efecto la licitación que pretendía adjudicar dichas Áreas de Servicio Exclusivo.

7.4.4.18 «No ocurrencia de daños e impactos ambientales» durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

7.4.4.18.1 Argumentos del disciplinado.

Después de afirmar que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no se produjeron impactos ambientales en la prestación del servicio de aseo, el disciplinado entregó algunos documentos que, según él, controvertían la visión de algunos funcionarios de la Procuraduría que no habían tenido la experiencia suficiente, desde el punto de vista profesional y los instrumentos adecuados, para medir los impactos ambientales en la ciudad de Bogotá. Más adelante precisó que estos funcionarios no tenían el sustento científico para examinar qué era un daño ambiental o un impacto ambiental, qué era una amenaza ambiental o cómo se mitigaban las amenazas para que no se volvieran daños ambientales.

Así mismo, recalcó que el daño ambiental y la amenaza ambiental eran dos conceptos distintos y que la conclusión, a partir de ese estudio, era que si bien existió una amenaza ambiental para los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 no hubo un daño ambiental. Que precisamente la evitación de ese daño ambiental lo hizo el operador público de aseo, situación que la logró resolver en tan solo tres días. Que después del 21 de diciembre de 2012 lo que se venía prestando era un mejor servicio de aseo. Como aspecto adicional a destacar, mencionó que ese estudio que aportaba demostraba que los vectores de descomposición de residuos sólidos —que era lo más visible pero no necesariamente lo más peligroso como el aire— no duraron más de 72 horas en las calles de la ciudad de Bogotá. Que solo después de esas 72 horas de dejar de recoger las basuras se producía un daño ambiental por los siguientes vectores, en su orden: aparición de moscas, aparición de roedores, enfermedades, taponamiento de alcantarillas y aparición de líquidos lixiviados, entre otros.

En cuanto a los líquidos lixiviados afirmó que los funcionarios de la Procuraduría cometieron un error al considerar que había líquidos lixiviados en las basuras, porque únicamente eran líquidos que, por obvias razones, debían estar por la presencia de frutas y hortalizas, entre otras. Además, para que los líquidos se convirtieran en lixiviados, dijo que se necesitaba la putrefacción de estos, lo cual solo podía darse después de las 86 horas sin recoger las

basuras.[447] Que esto se pudo desconocer por parte de los funcionarios de la Procuraduría que fueron a mirar el primer día las basuras dejadas de recoger confundiendo los simples líquidos con lixiviados. Que gracias al esfuerzo del operador público no se llegó al daño ambiental, porque esas basuras no perduraron más de 72 horas en las calles de la ciudad de Bogotá.

De igual manera y para complementar esta explicación, precisó que el Distrito capital estaba a la vanguardia de la filosofía de las Naciones Unidas respecto a la gestión del riesgo. Señaló que era necesario verificar la situación real ocurrida en los días 18 a 21 de diciembre de 2012 con las valoraciones efectuadas por el Sistema de Gestión de Riesgos del Distrito. Que no era lo mismo la visión del funcionario sin el requerimiento técnico que medía visualmente o a partir de la percepción ciudadana (funcionarios de la Procuraduría), a aquellos funcionarios que sí utilizaron medios técnicos y en tiempos reales (funcionarios del Distrito que manejaron el Sistema de Gestión de Riesgos de la ciudad).

En todo caso, precisó que «sí hubo un riesgo», detectado en virtud de ese Sistema de Gestión y que ello precisamente llevó al alcalde a tomar decisiones. Que estas decisiones, en opinión del alcalde, hicieron disminuir con éxito los riesgos que pudieron derivar en daños ambientales.

De similar modo, insistió en que la capacidad de riesgos del Distrito logró disminuir el riesgo e impedir que este se volviera daño ambiental durante los días 18 a 20 de diciembre de 2012. [448] Incluso, que ese riesgo se redujo a cero en días posteriores a esas fechas. Varias razones señaló para explicar dicha afirmación, entre ellas, que el alcalde expidió el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, el cual tenía como objetivo decretar el estado de prevención de la «Alerta Amarilla» en la ciudad de Bogotá. Recalcó que ese Decreto fue expedido en virtud de las atribuciones más importantes del alcalde de Bogotá, según lo establecido en el artículo 35 del Decreto Ley 1421 de 1993, en cuanto a expedir reglamentos para la protección de derechos. Que antes de la expedición de este decreto se tenía la información de que no se iba a devolver la flota de compactadores y que se tenían las sospechas de los puntos críticos de la acumulación de basuras en la ciudad de Bogotá. Que por eso se decidió prevenir el riesgo que se avecinaba a través del Decreto 564 de 2012, mediante el cual se autorizó el uso de vehículos tipo volqueta. Que la razón era que no se tenía una flota nueva, que esta se producía en el exterior y que demandaba unos tiempos, y que el alquiler de una flota sustituta y transitoria tampoco estaba listo para el 18 de diciembre de 2012. Que, de todas maneras, no había

[447] Igualmente, más adelante y de manera precisa, así lo manifestó al minuto 1.08 del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[448] Confróntese con los minutos 24 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.

ninguna empresa en Colombia que tuviera una flota como la requerida para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Que eso fue lo primero que se hubiera tratado de conseguirle a la ciudad de Bogotá, dado que los operadores privados no le entregaban la flota «de propiedad» del Distrito.[449] Que, ante ese evento, se permitió el uso de volquetas, lo cual era permitido por la ley, y que ello probaba la continuidad de la prestación del servicio, aún ante actos criminales por parte de los operadores privados en contra del Distrito.[450] Más adelante, reiteró que desde días antes del 18 de diciembre de 2012 se estaban presentando fallas en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá[451], tal y como se demostraba en el documento de control y monitoreo de control ambiental del 14 al 31 de diciembre de 2012, elaborado por el funcionario JULIO CÉSAR PULIDO, hoy subsecretario del medio ambiente, quien era el encargado del manejo del Sistema de Riesgos.[452]

En cuanto al referido monitoreo de control ambiental, el disciplinado efectuó un resumen de algunas consideraciones de dicho documento.[453] Así y luego de leer algunos apartes de dicho estudio[454], el cual aportó en la diligencia, concluyó de manera general que durante los días 18 a 20 de diciembre de 2012 no se generaron daños ambientales, aunque sí riesgos, y que después de esos días mejoraron las condiciones de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Con todo, recalcó que si los operadores privados no hubieren dejado de recoger las basuras durante los días antes al 18 de diciembre de 2012, que la operación con volquetas sí habría logrado recoger el número de basuras que normalmente producía la ciudad. [455] No obstante, precisó que la operación logística del Distrito no logró recoger lo que usualmente producía la ciudad en condiciones normales para el día 18 de diciembre de 2012 más lo que retuvo criminalmente los operadores privados. Agregó que para el día 19 de diciembre de 2012, debido el retraso y según el informe, había unas 6000 toneladas dejadas de recoger. Recalcó que frente a la generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la estructura ecológica principal (EEP) se concluyó que no se constituyeron en impactos ambientales

---

[449] Confróntese con los minutos 34 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[450] Confróntese con los minutos 42 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[451] Confróntese con el minuto 1.13 del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[452] Revisado el documento de 32 páginas, es el que corresponde con los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación.
[453] Confróntese con los minutos 49 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[454] Confrontado la grabación de la versión libre y los apartes del documento, se concluye que el disciplinado leyó las páginas que se encuentra en los folios 135, 136, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 151, 152, 153, 155, 156, 158, 164 y 165 del anexo n.° 31 de la actuación.
[455] Confróntese con los minutos 1.14 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.

sino que fueron amenazas potenciales.[456] De manera especial, reiteró que esas amenazas potenciales se redujeron a cero gracias al Sistema de Gestión de Riesgos, razón por la cual la ciudad de Bogotá estaba como invitado en la reunión de Naciones Unidas en Ginebra para mostrar su modelo. Que para los días 18 y 19 de diciembre de 2012 él como alcalde estuvo al frente de ese Sistema de Gestión de Riesgos, en condiciones difíciles para él, porque estaba sin dormir, venía de algunas intervenciones quirúrgicas y la situación emocional no era la más favorable dado el cargo que ostentaba, todo esto sumado a la situación específica que se presentó en la ciudad. Que toda la operación que ellos como Distrito hicieron logró desactivar los puntos críticos de la ciudad y que por ello los residuos en las calles de Bogotá no duraron más de 72 horas.[457]

De manera adicional, cuestionó que en algunos de los informes de la Procuraduría se dijera que había «escombros», como si eso fuera atribuible a la recolección que se debía hacer con ocasión de la prestación del servicio de aseo. Así, y luego de efectuar algunas consideraciones acerca de la reglamentación de escombros, precisó que estos no tenían nada que ver con la prestación del servicio de aseo.[458]

Por otra parte y en cuanto al componente de barrido y limpieza en las calles, explicó que, según el informe, no se constituyeron impactos ambientales sino que solo se presentaron amenazas potenciales. Que esos impactos habían podido ser muy graves, como el aumento del «material particulado PM10» que producía un aumento en las enfermedades respiratorias. Con todo, precisó que hubo algunos días de «excedencia» de las normas reglamentarias que medían la calidad del aire, pero que, inclusive, esos días eran menores a los del año 2011. Para ello comparó los periodos del 1 al 27 de diciembre de **2012** y el 1 al 27 de diciembre del año **2011.** Sin embargo, agregó que los lugares donde se presentaron esos 5 días de excedencia en el mes de diciembre de 2012 estaban ubicados en las localidades en donde no hubo disminución en las frecuencias de recolección, barrido y limpieza, pues estas localidades era operadas por la empresa Ciudad Limpia, operador que no tuvo cese en la operación. En últimas, que en los lugares donde se acumularon las basuras dejadas de recoger no hubo excedencias en cuanto a las normas que medían el aire.[459]

---

[456] Confróntese con los minutos 1.24 y siguientes del segundo archivo del DVD n.° 4 de la versión.
[457] Confróntese con los minutos 1 y siguientes del DVD n.° 5 de la versión.
[458] Confróntese con los minutos 4 y siguientes del DVD n.° 5 de la versión.
[459] Para lo cual leyó el último párrafo del folio 165 del anexo n.° 31 de la actuación. Ver los minutos 9 y siguientes del DVD n.° 5 de la versión. También refirió los gráficos de los folios 166 y 167 del mismo anexo.

7.4.4.18.2 Consideraciones de la Sala.

En primer lugar, todas las explicaciones ofrecidas en cuanto a los temas ambientales atrás referidos se encuentran apoyados en el documento denominado «Monitoreo y Control Ambiental», que corresponde al informe técnico sobre el seguimiento realizado por la Secretaría Distrital Ambiental a «las medidas adoptadas por el nuevo modelo de prestación de servicio público domiciliario de ase en Bogotá», el cual se ha venido hablando en varios apartes y numerales de la presente decisión.[460]

En segundo lugar, el argumento central del disciplinado es el siguiente: a partir de lo expuesto en dicho informe «no hubo daños ambientales; solo se presentaron amenazas potenciales o riesgos». En tal sentido, así se expuso en el documento allegado en la versión, pues, en las páginas 28, 31 y 32 del referido informe,[461] se plasmaron las conclusiones de la Secretaría Distrital del Ambiente, a partir de tres actividades relacionadas con la prestación del servicio público de aseo, entre ellas la recolección de residuos domiciliarios, barrido y limpieza en la calle y transporte. Los resultados, por cada actividad, fueron los siguientes:

Recolección de residuos domiciliarios	**Barrido y limpieza en la calle**	**Transporte**
1. Se presentó un **impacto** visual por no recolección de basuras. 2. Se presentó un **impacto** consistente en la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad. 3. En cuanto a generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), no se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**	No se ocasionaron **impactos ambientales**, sino fueron **amenazas potenciales.**

Así las cosas, se tiene que frente a la primera actividad (Recolección de residuos domiciliarios) se presentaron dos impactos: uno visual y en el otro relacionado con la generación de olores ofensivos. En cuanto a la generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP

[460] Informe de fecha del 14 al 31 de diciembre de 2012, el cual se encuentra en los folios 134 a 169 del anexo n.° 31 de la actuación, el cual fue entregado en la diligencia de versión libre y espontánea. Este informe se elaboró por, entre otros, el señor JULIO CÉSAR PULIDO, quien actualmente se desempeña como subsecretario del medio ambiente y quien era el encargado del manejo del Sistema de Riesgos.
[461] Que corresponde con los folios 165, 168 y 169 del anexo n.° 31 de la actuación.

(Estructura Ecológica Principal), el informe dijo que no se ocasionaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales». En cuanto a las dos restantes actividades (Barrido y limpieza en la calle y Transporte), el informe señaló que no se presentaron impactos ambientales, sino que fueron «amenazas potenciales».

De esa manera, conforme a lo explicado por el disciplinado y solo a partir de lo plasmado en este informe, un análisis minucioso arroja como resultado lo siguiente:

1. No hubo daños ambientales.

2. Se presentaron dos impactos ambientales: el primero, al que se denominó visual, por la no recolección de basuras, mientras que el segundo lo fue por la generación de olores ofensivos en algunas partes de la ciudad.

3. Se presentaron tres tipos de «amenazas potenciales», una por cada actividad (Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte).

4. El informe no definió qué es la «amenaza potencial». Solo definió los conceptos de «amenaza» y «riesgo», a partir de la Resolución 004 de 2009 del FOPAE. En cuanto a la «amenaza», señaló que era una «condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que puede causar daño a la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada. Es un factor de **riesgo** externo». (Negrilla fuera de texto). Y en cuanto al riesgo se dijo que era «el daño **potencial** que, sobre la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada, pueda causarse por la ocurrencia de amenazas de origen natural, socio – natural o antrópico no intencional, que se extiende más allá de los espacios privados o actividades particulares de las personas y organizaciones y que por su magnitud, velocidad y contingencia hace necesario un proceso de gestión que involucre al Estado y a la Sociedad». (Negrilla fuera de texto).

5. A partir de las explicaciones dadas por el disciplinado, existe una equiparación entre «amenaza potencial» y «riesgo». Es decir, por cada una de las actividades, se presentó un tipo de riesgo.

6. La Sala también entiende que es correcta la equiparación entre «amenaza potencial» y «riesgo», por las siguientes razones: a. En la

> definición del concepto «amenaza» se dice que es un «riesgo externo»; es decir, la sola «amenaza» es ya, en sí misma, un riesgo; 2. En el concepto de «riesgo» se afirma que este es «potencial», cualidad que el mismo informe le da a lo que se denomina como «amenaza potencial»; 3. En el informe se dice que se presentaron tres «amenazas potenciales»; es decir, tres «riesgos externos» y además «potenciales»; por ende, existe un estrecha relación entre los conceptos de «amenaza potencial» y «riesgo».

En ese orden de ideas, la Sala repite una vez más que este informe corrobora que durante los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá y con relación a la prestación del servicio público de aseo se presentó un riesgo, consistente en la ocurrencia de dos impactos ambientales y tres riesgos por cada actividad del servicio público de aseo, entre ellas la Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte.

Por lo anterior es que se ha dicho que este tipo de impactos ambientales —que, según las conclusiones del informe técnico de la Secretaría Distrital del Ambiente, no fueron daños ambientales— compagina con la mayoría de las conclusiones de la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en el cual se determinó que sí hubo impactos ambientales, asociados, entre otros, a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos, y a los demás tipos de riesgo que se presentaron, especialmente los relacionados con causas potenciales de enfermedades, los riesgos presentados por la utilización de volquetas y aquellos que pudieron ser una amenaza de contaminación del aire, el agua y el suelo.[462]

Ahora bien, se debe insistir en que el gran punto de desacuerdo entre el dictamen pericial practicado por la Dirección Nacional de Investigación Especiales y el informe de Control y Monitoreo —prueba documental allegó el disciplinado— es que en el primero se dice que «hubo un grave daño al medio ambiente», mientras que en el documento elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental se asegura que no hubo daño, sino ciertos tipos de impactos ambientales y de amenazas potenciales, en los términos ya explicados.

Sin embargo, la conclusión determinante es que, en virtud de las dos pruebas y conforme a la misma declaración del ingeniero JULIO CÉSAR PULIDO, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, el cual, para la prueba pericial, fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos,

[462] Confróntese con los folios 30 a 35 del anexo n.° 17 de la actuación.

aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito. Por ello, no pueden ser de recibo las observaciones del disciplinado en cuanto a las críticas hechas a los funcionarios de este organismo de control, pues las conclusiones del dictamen pericial coinciden en buena medida con los propios análisis efectuados por los funcionarios del Distrito y con lo mismo que relató el mencionado testigo, análisis que han quedado expuestos de forma suficiente y a los cuales la Sala se remite en su integridad.

Por ello, la tesis del disciplinado de que no hubo «daños ambientales» durante los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá no le resta fuerza probatoria y jurídica a la tercera falta disciplinaria atribuida, pues conforme a las tres pruebas que obran en el proceso está demostrado que sí se presentó un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito.

En tercer lugar, la Sala no puede estar de acuerdo en que la supuesta evitación de esos «daños ambientales» se le deba a lo que hizo el operador público de aseo y que esa situación la logró resolver en tan solo tres días. En efecto, como se ha venido exponiendo, la situación se neutralizó en la medida en que el Distrito volvió a contratar a los operadores privados, quienes sí contaban con la experiencia y capacidad técnica requeridas que les faltaba a las entidades del Distrito. Los diferentes contratos celebrados demuestran que los operadores privados reasumieron la prestación del servicio de aseo en la mayor parte de la ciudad de Bogotá con lo cual, en los días posteriores a la crisis, se logró la normalización del servicio. Y la muestra de que sí se normalizó —no gracias a las empresas públicas, sino a los operadores privados— obedeció, en buena medida, a que estos sí contaban con equipos compactadores, elemento con el que no contaban las empresas distritales. Tan evidente es esta afirmación que según la misma información allegada por el gerente de la empresa Aguas de Bogotá este empresa utilizó vehículos volquetas hasta el mes de julio de 2013, situación que se dio en forma progresiva a la medida de que al operador público iba contando con vehículos compactadores.

En cuarto lugar, el disciplinado ofreció varios argumentos y explicaciones para afirmar que los vectores de enfermedades y aparición de lixiviados solo podían aparecer después de las 72 y 86 horas, respectivamente, de no recoger las basuras regadas en las calles de la ciudad.

En tal sentido, de esta explicación, confrontada con otros argumentos de defensa, surge el siguiente dilema:

a. Si llegó a ser cierto que no se presentaron vectores de enfermedades o lixiviados, porque, en palabras del disciplinado, «jamás las basuras duraron más de 72 o 86 horas regadas por las calles de la ciudad»,

tampoco puede ser cierto que los operadores privados hayan dejado de recoger los residuos sólidos durante los días 13, 14, 15, 16 y 17 de diciembre de 2012. Todos estos días, más el 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, superan con creces las 72 o 86 horas, y, en esa posibilidad, no serían ciertas las acusaciones del disciplinado en contra de los operadores privados respecto de su actitud «criminal». En consecuencia, lejos estaría el disciplinado de demostrar que los inconvenientes en la prestación del servicio de aseo se debieron al inusual número de basuras regadas por las calles ciudad. En todo caso, con la exposición de basuras por un término inferior a 72 horas y en las cantidades promediadas que se dejaron de recoger para los días de la crisis, estaría demostrado, como así lo acreditan las pruebas allegadas al proceso, el grave riesgo presentado para los habitantes y la ciudad de Bogotá; o

b. Si llegó a ser cierto que no hubo recolección de basuras en los promedios normales durante los 13, 14, 15, 16 y 17 de diciembre de 2012, entonces también debe ser correcto afirmar que sí hubo vectores de enfermedades y lixiviados, porque algunos de estos días junto con el 18, 19 y 20 de diciembre sí superaron las 72 o 86 horas, respectivamente. En consecuencia, estaría configurado, ya no solo la amenaza potencial o el riesgo que reflejan las pruebas obrantes en el proceso, sino un evidente daño ambiental.

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que en cualquiera de las dos posibilidades existe irregularidad. En la primera, porque de todas maneras existió ese riesgo grave conforme a lo demostrado con las pruebas obrantes en el proceso. En efecto, la sola exposición de basuras en las cantidades registradas, así fuera por un número inferior a las 72 horas, era suficiente para ocasionar los impactos ambientales anteriormente explicados y, en esta hipótesis, se habrían recogido las basuras en condiciones normales durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012 por parte de los operadores privados. Recuérdese que los factores para determinar si había o no impacto ambiental, en palabras del ingeniero JULIO CÉSAR PULIDO, son criterios relacionados con la magnitud, extensión e intensidad, cálculo que a él y a los funcionarios del Distrito no le fue posible establecer, pero que sí lo logró la prueba pericial.

En la segunda posibilidad, siendo también obligación del Distrito, con mayor razón era necesario que la prestación del servicio de aseo funcionara de manera correcta, pues, al no haberlo hecho, es indiscutible que sí se pudieron presentar vectores de enfermedades y líquidos lixiviados, pues necesariamente muchas de las basuras dejadas de recoger habrían estado expuestas por un término superior a las 72 o 86 horas.

En una u otra hipótesis, lo que no ocurrir era que un operador público, que iniciaba sus labores, dejara de recoger el número gigantesco de basuras como el registrado para los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, bien la producción normal de estos días o bien porque, de manera adicional, se hubiere presentado una reducción en la recolección durante los días anteriores al 18 de diciembre de 2012. Y esto ocurrió porque siendo previsible, como lo demuestran las múltiples advertencias de todas las entidades y organismos de control, era claro que no se podía contar con los vehículos compactadores y, por si fuera poco, ante normatividad en contrario, se permitió la prestación del servicio de aseo en vehículos tipo volqueta.

En quinto lugar y como un argumento que ratifica la total improvisación de la administración distrital y la posición de que el Distrito quería a como diera lugar asignar la prestación del servicio de aseo a entidades públicas sin experiencia y capacidad y con exclusividad, el mismo disciplinado señalo que desde antes de la expedición del Decreto 564 de 2012 se tenía la información de que no se iba a devolver la flota de compactadores; que no se tenía una flota nueva y que era necesario traerla del exterior y que ello demandaba unos tiempos; así mismo, que el alquiler de una flota sustituta y transitoria tampoco estaba lista para el 18 de diciembre de 2012.

En tal sentido, la Sala no entiende cómo la administración distrital, pese a estos indicadores de total incapacidad técnica, suscribió los respectivos contratos interadministrativos e inició la prestación del servicio de aseo en estas condiciones tan precarias e insuficientes, colocando a la ciudad en un riesgo grave y dejando la continuidad del servicio al azar. Para corroborar esta conclusión, obsérvese que el mismo concepto de la Secretaría Distrital del Ambiente, aportado por el disciplinado, explica que una de las causas de la no recolección de basuras fue «los fallos logísticos» de la empresa de Aguas de Bogotá.[463]

En sexto lugar, no es cierto que «no había ninguna empresa en Colombia que tuviera una flota como la requerida para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá», pues esto está desmentido por los contratos que en virtud de la urgencia manifiesta se suscribieron con los operadores privados, paralelamente con la crisis que se estaba presentado. Además, recuérdese que había otra empresa que desde comienzo del año 2012 estaba pidiendo autorización para poder prestar el servicio y que el testigo experto DARÍO ARTURO BELTRÁN afirmó que su empresa y otras quince en el país tenían la experiencia y capacidad para prestar el servicio de aseo urbano, en la medida

[463] Confróntese con la página 28 del referido concepto, que corresponde con el folio 165 del anexo n.° 31 de la actuación.

en que en todas las ciudades, excepto Medellín, Bucaramanga y ahora Bogotá, la prestación del servicio estaba en manos de operadores privados.[464]

Por otra parte, quedó demostrado que el uso de volquetas no estaba permitido, pues, desde tiempo atrás, el Decreto 948 de 1995 y, en especial, el Decreto 1713 de 2002, así lo indicaban, normas que reglamentaron el uso de vehículos compactadores, situación que también fue ampliamente explicada y corroborada por el testigo SAMUEL PRADA COBOS. Y también es incorrecto afirmar que con los vehículos tipo volquetas se logró recoger el número de basuras que normalmente producía la ciudad de Bogotá, pues los registros de ingreso al relleno sanitario de Doña Juana durante los días de la crisis desmienten totalmente esta aseveración y, en esa hipótesis remota, era intrascendente que nuevamente se contratara a los operadores privados.

En séptimo lugar, para la Sala es comprensible que para los días 18, 19 de diciembre de 2012 el disciplinado estuviera en condiciones difíciles, y más si se aducen razones personales como la salud. No obstante, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas que fueron reprochadas demuestran que las presuntas irregularidades se remontan a fechas anteriores, las cuales estuvieron antecedidas de los acompañamientos y advertencias de los organismos de control e incluso con los apenas lógicas y razonables prevenciones que, desde el mismo momento de las instrucciones por parte del señor alcalde mayor de Bogotá, le hizo el entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO.

En octavo y último lugar y en cuanto al tema de los escombros, la Sala considera que si bien los funcionarios de la Procuraduría con funciones preventivas que registraron los hechos sucedidos en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 pudieron haber hecho alguna observación sobre el particular, este preciso aspecto no se tuvo en cuenta en la prueba pericial que fue practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.[465]

7.4.5 Conclusión sobre los argumentos presentados por los sujetos procesales.

Conforme a todas las razones expuestas a lo largo de la presente decisión, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación concluye que ninguna de las razones expuestas por los sujetos procesales desvirtúa alguno de los cargos formulados. Por el contrario, una vez se practicaron las pruebas

[464] Confróntese con los minutos 46 y siguientes de la declaración de DARÍO ARTURO BELTRÁN, obrante en el anexo n.° 42 de la actuación.
[465] Confróntese con el anexo n.° 17 de la actuación.

en el presente juicio disciplinario la Sala concluye que el señor alcalde mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, sí es responsable de las tres faltas disciplinarias cometidas durante el segundo semestre del año 2012, al haber determinado que las empresas del Distrito sin ninguna experiencia, conocimiento y capacidad requeridas hubieren asumido la prestación del servicio. Así mismo, por haber implementado un modelo de prestación de servicio de aseo no contemplado en la ley, con el cual se impusieron una serie de restricciones y limitaciones al principio de libertad de empresa sin que mediaran Áreas de Servicio Exclusivo, conforme así lo establece el ordenamiento jurídico. De igual manera, por haber autorizado la prestación del servicio de aseo en vehículos volqueta, situación que fue una de las causas de la emergencia que enfrentó la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, cuya situación irregular se prolongó en algunas áreas del nuevo operador público hasta el mes de julio del año 2013.

8. RAZONES DE LA DECLARATORIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL DISCIPLINADO

Una vez fueron analizados los argumentos expuestos por los sujetos procesales, la Sala procede a indicar las razones jurídicas de la declaratoria de responsabilidad, aspecto que se limitará a enunciar y explicar los elementos de cada una de las faltas disciplinarias cometidas.

8.1 En cuanto a la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

8.1.1 Conducta cometida.

Quedó demostrado que el señor alcalde mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en el segundo semestre de 2012 tomó la decisión de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, con lo cual determinó al director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y al gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) para que 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 llevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de 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 tal forma, con el anterior comportamiento el señor alcalde mayor de Bogotá cometió la siguiente falta disciplinaria:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 31. **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.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

Conforme a las pruebas que obran en la actuación se demostró que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, actuó a título de determinador, forma de autoría establecida en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> ARTÍCULO 26. AUTORES. **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.
>
> (Negrillas fuera de texto).

8.1.2 Tipicidad de la conducta.

El numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público participe en la etapa precontractual o en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. En el presente caso, la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, suscritos entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P., respectivamente, fueron totalmente irregulares, debido a que ninguna de estas dos empresas del Distrito contaban con el conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo.

En tal sentido, las pruebas demostraron que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, para el segundo semestre del año 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, tomó la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, determinando al director de la UAESP y a los gerentes de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá para que suscribieran los respectivos contratos interadministrativos.

Para demostrar las razones por las cuales dichos contratos interadministrativos fueron violatorios del numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, es necesario explicar cuáles son las reglas que se inobservaron, con lo cual se desconocieron los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa.

8.1.2.1 En cuanto al contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012.

Este contrato fue celebrado entre la UAESP, en su condición de contratante, y la EAAB, en su condición de contratista.

Así, en lo que se refiere a la entidad contratante, en este caso la UAESP, según lo establecido en el artículo 116 del Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) es una entidad del orden distrital del sector descentralizado por servicios, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de Hábitat. Su objeto es garantizar, entre otros, la planeación, prestación, coordinación, supervisión y control de los servicios de recolección, transporte, disposición final, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos y la limpieza de vías y áreas públicas.

Por ello, el marco regulatorio de su actividad contractual es el Estatuto de Contratación Pública, adoptado mediante la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Así lo establece el artículo 1.° y el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, por lo que a la contratación realizada por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá (UAESP) se le aplicarán dichas normas. En tal forma, el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 debió respetar y cumplir con los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad.

En cuanto al principio de transparencia, el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

> 8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, l**es será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva** y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.
>
> (Negrillas fuera de texto).

En lo que se refiere al principio de economía, el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

> 2. (Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, **se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.** Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.
>
> (Negrillas fuera de texto).

Y también en numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

> 12. (Numeral modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011). **Previo** a la apertura de un proceso de selección, o **a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos,** y los pliegos de condiciones, según corresponda.
>
> (Negrillas fuera de texto).

En cuanto al principio de selección objetiva, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, preceptúa lo siguiente:

> ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. E**s objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad** y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:
>
> 1. La capacidad jurídica **y las condiciones de experiencia,** capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de

> verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.
>
> 2. (Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011). **La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos** y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, **resulte ser la más ventajosa para la entidad,** sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.
>
> (…)
>
> (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, retomando las consideraciones sobre el principio de transparencia, una de las excepciones a la regla de que la escogencia de todo contratista se efectuará a través de licitación pública es la contratación directa.[466] A su vez, una de las posibilidades de contratación directa es precisamente la celebración de los contratos interadministrativos. En efecto, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece lo siguiente:

> 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:
>
> (…)
>
> c) (Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011). **Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.**
>
> (…)
>
> **En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal,** no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

[466] Conforme lo establece el numeral 1.° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

(…)

(Negrillas fuera de texto)

Y en cuanto al principio de responsabilidad, el numeral 3.° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

> 3. (Apartes subrayados derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) **Las entidades y los servidores públicos responderán** cuando hubieren abierto licitaciones o concursos **sin haber elaborado previamente los** correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, **estudios,** planos y evaluaciones **que fueren necesarios,** o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.
>
> (Negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, con la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 se desconocieron todas las reglas de la contratación pública anteriormente mencionadas, con lo cual se produjo el incumplimiento de varios principios de la contratación estatal, situación que se encuadró en el comportamiento establecido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. Así se incumplieron dichas reglas contractuales:

1. En cuanto al **principio de transparencia**, en donde una de las reglas es la contenida en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, está claro que la administración distrital, en este caso representada por la UAESP, no llevó a cabo los procedimientos de selección objetiva para haber contratado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) para que asumiera la prestación del servicio público de aseo. La UAESP no acudió a la regla de la licitación y, por el contrario, seleccionó a una empresa del Distrito que no tenía conocimiento, experiencia y capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio público de aseo.

2. En lo que se refiere al **principio de economía**, establecido en el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no se cumplieron los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable: no se hizo licitación y,

por el contrario, acudiéndose a una causal de contratación directa, se contrató con una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio, por lo cual la propuesta de la EAAB claramente no era la más favorable.

3. Siguiendo con **el principio de economía,** tampoco se elaboraron los estudios previos **requeridos** para haber determinado que el contratista idóneo y que reunía las condiciones de experiencia y capacidad técnica era la EAAB. En efecto, hubo deficiencias e irregularidades en la elaboración de los estudios previos. A pesar de que los estudios previos cumplieron formalmente con los criterios establecidos en el Decreto 734 de 2012 también lo fue que en los respectivos estudios se hicieron aseveraciones vagas e imprecisas y no ciertas sobre la experiencia, capacidad e idoneidad con la que supuestamente contaba la EAAB. Igualmente, quedó demostrado que la EAAB, a través del tiempo, siempre tuvo como experiencia la prestación de los servicios públicos de agua y alcantarillado, y que solo se incluyó el servicio público de aseo hasta el día 5 de septiembre de 2012, a través de la modificación estatutaria realizada mediante el acuerdo 12 de esta fecha, suscrito por el señor GUSTAVO PETRO, en su condición de presidente de la Junta Directiva de la EAAB.[467] Esta modificación ocurrió únicamente con 26 días de antelación a la elaboración de los estudios previos[468]; 27 días antes de la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa[469] y 36 días antes de la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012.[470] Igualmente, con la modificación estatutaria al objeto de la EAAB se cumplió en principio y formalmente con la previsión normativa contenida en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 de 2012, en lo que se refiere a que el objeto del contrato tenga relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, pero este requisito no era el único a tenerse en cuenta, para efectos de la suscripción de contratos interadministrativos, aspecto que fue desconocedor del deber de selección objetiva.[471]

---

[467] Confróntese con los folios 307 a 313 del anexo n.° 14 de la presente actuación.
[468] Elaborados el 1.° de octubre de 2012, conforme a los estudios que obran en los folios 1 a 34 del anexo n.° 2 de la actuación.
[469] Conforme al acto administrativo del 2 de octubre de 2012, suscrito por el director (e) de la UAESP, que obra en los folios 35 a 54 del anexo n.° 2 de la actuación. Así mismo, copia de este acto se encuentra en los folios 1 a 10 del anexo n.° 4 de la actuación.
[470] La fecha de la suscripción del contrato interadministrativo 017 es del 11 de octubre de 2012.
[471] Ver, entre otras, la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Bogotá, D.C., (14) de abril de dos mil cinco (2005). Radicación número:19001-23-31-000-2002-01577-01(AP). Actor: MIGUEL ANTONIO CAJAS PABON y GUSTAVO ADOLFO CHAVES PAZ. Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA Y ASOCIACION DE MUNICIPIOS DEL MACIZO COLOMBIANO -ASOMAC- Referencia: ACCION POPULAR.

4. En cuanto al **principio de selección objetiva,** establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, con la escogencia de la EAAB no se obtuvo el ofrecimiento más favorable para la entidad. Conforme al numeral 1.° de la citada norma, la EAAB no tenía las condiciones de experiencia ni los factores técnicos adecuados para la prestación del servicio, por lo que la propuesta de la EAAB no fue la más ventajosa. Si bien una de las excepciones a la regla de la licitación pública es la contratación directa, en donde una de las causales es la celebración de los contratos interadministrativos, estos solo podrán llevarse a cabo, siempre y cuando las obligaciones derivadas de ese contrato tuvieran relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. En el presente caso, el objeto de la EAAB no tenía ninguna relación con la prestación del servicio público de aseo, pues esta entidad no tenía ninguna experiencia en la prestación de este servicio. Ahora bien, es cierto que el objeto de la EAAB fue modificado mediante el acuerdo 12 del 5 de septiembre de 2012 para incluir dentro de su objeto la prestación del servicio de aseo, pero no lo es menos que esta formalidad se llevó a cabo únicamente a tan solo tres meses de asumirse la prestación del servicio de aseo y después de que el disciplinado ya había tomado la decisión, por lo que real y materialmente las obligaciones que se derivarían del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 no guardaban relación alguna con la experiencia que hasta ese momento había mostrado la EAAB.

5. Si se observa detenidamente el inciso tercero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se concluirá que en materia de contratos interadministrativos existe la posibilidad de que la entidad ejecutora pueda subcontratar «algunas actividades derivadas del contrato principal». En el caso concreto, la EAAB, como entidad ejecutora, no subcontrató «algunas actividades derivadas del contrato principal», sino que, mediante la suscripción del contrato interadministrativo 0809, **trasladó toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a otra entidad** que tampoco tenía la experiencia ni la capacidad técnica requerida como lo fue la empresa Aguas de Bogotá.

6. Y en cuanto al principio de responsabilidad, si bien es cierto que el numeral 3.° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece que los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los estudios que fueren necesarios, con mayor razón lo será cuando se trate de la suscripción de los contratos interadministrativos. En el presente caso, no se elaboraron los estudios previos **necesarios**, pues estos incurrieron en notables falencias e irregularidades como se expuso en forma precedente.

8.1.2.2 En cuanto al contrato interadministrativo 0809 del 4 de diciembre de 2012.

Este contrato fue celebrado entre la EAAB, en su condición de contratante, y la empresa Aguas de Bogotá, en su condición de contratista, por medio del cual la primera entidad le trasladó toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a la referida empresa Aguas de Bogotá.

La EAAB es una empresa industrial y comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. De conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, los contratos que celebre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. se regirán por el derecho privado y por las disposiciones que en materia de contratación expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, o por las normas especiales que, según el caso, los regulen expresamente.

Por ello, la EAAB, en su condición de entidad pública, estaba obligada a cumplir con los mandatos estatutarios y legales que le fueran aplicables, incluyendo el Manual de Contratación de la entidad, adoptado mediante la Resolución n.° 730 del 16 de noviembre de 2012.[472]

Así las cosas, este mismo Manual de Contratación adoptó como principios tanto los de la función pública, que están señalados en la Constitución Política de Colombia[473], como aquellos de la contratación administrativa, adoptados mediante las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[474]. En cuanto a los principios contractuales establecidos en la ley, el último considerando del Manual de Contratación dispuso lo siguiente:

> **Que con el fin de garantizar la transparencia, economía,** moralidad, publicidad, igualdad, celeridad, eficacia, eficiencia **y la selección objetiva en los procesos contractuales que adelanta la EMPRESA,** es necesario adoptar un nuevo manual de contratación para la EMPRESA, **acorde con los desarrollos legales y jurisprudenciales pertinentes** y en consideración a las necesidades dinámicas de la contratación de la EMPRESA.[475]

[472] Manual de Contratación que obra en los folios 217 a 248 del anexo n.° 21 de la actuación.
[473] Ver el primer considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 217 del anexo n.° 21 de la actuación.
[474] Ver el último considerando del Manual de Contratación, Confróntese con el folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.
[475] Confróntese con el último considerando del Manual de Contratación. Ver folio 218 del anexo n.° 21 de la actuación.

(Negrillas fuera de texto).

De igual manera, el aludido Manual de Contratación dispuso que en desarrollo de la contratación que llevara a cabo la EAAB como mínimo se debía respetar, conforme «a los desarrollos legales y jurisprudenciales», los principios de transparencia, economía y selección objetiva, por lo que los mismos planteamientos referidos al contrato n.° 017 de 11 de octubre de 2012 son aplicables también para la suscripción del contrato interadministrativo 0809 de 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá.

Al respecto, el Manual de Contratación de manera muy específica se refirió al el principio de selección objetiva en los siguientes términos:[476]

> ARTÍCULO 21. TÉRMINOS DE REFERENCIA. **Los términos de referencia** para las invitaciones públicas **o para la contratación directa deberán ser completos y precisos, con el fin de garantizar la selección objetiva del contratista.** (…)
>
> (Negrillas fuera de texto).

Así mismo, quedaron demostradas las notables deficiencias de los estudios previos que posibilitaron la suscripción del contrato interadministrativo n.° 0809 del 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. En efecto, los documentos totalmente impertinentes, como aquellos relacionados con la verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, las notables deficiencias tanto en los estudios elaborados por la EAAB así como los documentos que sirvieron de soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá, el interminable listado de contratos que tuvo que celebrar Aguas de Bogotá para tratar de contar con los equipos mínimos requeridos y la falta de experiencia y la condición financiera de esta última empresa fueron las razones por las cuales se concluyó que con la suscripción de dicho contrato se desconocieron las normas contractuales vigentes, en especial, el principio de selección objetiva, con lo cual se puso en riesgo la continuidad de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

En ese orden de ideas, tanto con la celebración del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 como con la del contrato n.° 809 de 4 de diciembre del mismo año se desconocieron muchas reglas contractuales, lo que en consecuencia configuró el incumplimiento de los principios de la contratación estatal, muy especialmente el de selección objetiva, cuya inobservancia

[476] Artículo 21 del Manual de Contratación. Ver folio 231 del anexo n.° 21 de la actuación.

significó la realización de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, atribuible directamente al director de UAESP y a los gerentes de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, irregularidad en la que incurrieron por la determinación del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, comportamiento que también significó haber realizado esa misma falta disciplinaria.

8.1.3 Ilicitud sustancial.

Conforme a lo establecido en el artículo 5 del estatuto disciplinario, la falta disciplinaria cometida por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición alcalde mayor de Bogotá, afectó el deber funcional, sin que se hubiera demostrado en el proceso causal de justificación alguna. Así, y en concordancia con lo establecido en el artículo 22 del Código Disciplinario Único, la afectación del deber funcional fue sustancial, por estar en contravía de la garantía de los principios que rigen la función pública. Dicha norma establece lo siguiente:

> Artículo 22. Garantía de la función pública. **El sujeto disciplinable, para salvaguardar la** moralidad pública, **transparencia, objetividad,** legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, **economía,** neutralidad, eficacia y eficiencia **que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función,** ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.
>
> (Negrilla fuera de texto).

En la medida en que la tipicidad corresponde a un juicio de adecuación en donde determinada conducta se ajusta a la inobservancia de una regla, su desconocimiento conlleva al incumplimiento de principios, aspecto que corresponde analizar en sede de la antijuridicidad o ilicitud del comportamiento. En el presente caso, se desconocieron muchas reglas de la contratación estatal, con cuyo incumplimiento se violaron principios de la contratación estatal, como la transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad. Pero también muchos de esos principios corresponden con los de la función pública, tal y como se observa de la lectura del artículo 22 del Código Disciplinario Único.

En consecuencia, verificada la tipicidad, que en el caso del numeral 31 del artículo 48 del CDU corresponde al desconocimiento de reglas contractuales

que impactan principios de la contratación estatal, se tiene que con dicho comportamiento también se desconocieron los principios que deben analizarse en la categoría de la ilicitud disciplinaria, pues la transparencia, la economía y la objetividad pertenecen tanto al campo restringido como la contratación estatal como al ámbito más amplio de la función pública.

Esta conclusión es coherente con lo que el legislador estableció, de tiempo atrás, en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, norma que se refiere a los principios de la función pública (titulados en esa norma como principios de la función administrativa), entre los cuales se destacan los principios antes mencionados e, inclusive, el principio de responsabilidad:

> Artículo 3°. Principios de la función administrativa. **La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la** buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, **economía,** imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, **responsabilidad y transparencia.** Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.
>
> (Negrilla fuera de texto).

Y este análisis de los principios de la función pública en sede de antijuridicidad es totalmente consecuente con lo que está ordenado en el parágrafo de la norma atrás señalada:

> Parágrafo. **Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control** y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y **al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes** constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.
>
> (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, con la realización de la falta disciplinaria señalada en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, el disciplinado también desconoció los principios de la función pública, conclusión que soporta el juicio de valoración para determinar la ilicitud de la conducta cometida.

8.1.4 Culpabilidad.

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 proscrita[477]

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.

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

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 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.

Igualmente, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO siempre tuvo el conocimiento de los hechos y, en especial, el conocimiento de la ilicitud sobre su conducta, pues antes, durante y después de la suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012 el disciplinado pudo saber que la decisión de que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo era contraria a derecho.

Para ello, en el proceso existe prueba de las múltiples advertencias y recomendaciones que fueron enviadas por diferentes entidades del orden nacional y distrital, en donde se ponían de presente sobrados elementos de juicio para concluir que las entidades del Distrito no tenían la experiencia y capacidad para asumir la prestación del servicio. Entre estas entidades, se destaca la Contraloría Distrital y la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública. Así mismo, fue constante el acompañamiento que estas y muchas otras entidades le hicieron a las entidades del Distrito, como lo evidencian principalmente las reuniones de 7 y 13 de noviembre de 2012, en donde aquellas y otras entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la CRA y el Ministerio del Medio Ambiente, le hacían caer en cuenta a los funcionarios del Distrito, entre ellos el director de la UAESP y el gerente de la EAAB la inconveniencia de las decisiones del señor alcalde mayor de Bogotá. Por si fuera poco, el mismo señor gerente DIEGO BRAVO, para los meses de julio y agosto de 2012, le hizo saber al señor alcalde mayor de Bogotá que la EAAB no estaba lista para asumir la prestación del servicio público de aseo.

De esa manera, todas y cada una de las situaciones anteriormente referidas fueron analizadas detalladamente al momento de responder las razones de exculpación de los sujetos procesales, argumentos a los cuales la Sala se remite en su integridad. Por lo tanto, está demostrado que el disciplinado actuó de forma voluntaria y con conocimiento sobre los hechos y la ilicitud de su conducta, y más cuando en muchas de sus mismas explicaciones refirió que una de las razones de su decisión lo fue por «descartelizar» a un grupo de

contratistas, propósito que no guardaba ninguna relación con el respeto de las normas contractuales vigentes y con la garantía de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá como era su deber, consideraciones que demuestran en forma irrefutable la realización de la falta disciplinaria a título de dolo.

8.2 En cuanto a la falta disciplinaria contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

8.2.1 Conducta cometida.

También quedó demostrado que el señor alcalde mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, profirió el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, 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 de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo.

En tal sentido, con el anterior comportamiento el señor alcalde mayor de Bogotá cometió la siguiente falta disciplinaria:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante.

8.2.2 Tipicidad de la conducta.

El numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público ejerza las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante. En el presente caso, el señor alcalde mayor de Bogotá utilizó las normas del ordenamiento jurídico, que lo habilitaban para expedir actos administrativos relacionados con el servicio público de aseo, para violar el principio de libertad de empresa, aspecto este último que se constituyó en una finalidad totalmente diferente a las normas constitucionales y legales que regían esta especial materia.

Conforme se determinó en el mismo Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, las potestades del señor alcalde mayor de Bogotá estaban soportadas en el numeral 3.° del artículo 315 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, en los artículos 35 y 38, numerales 3 y 6, y el artículo 163, del Decreto Ley 1421 de 1993. Igualmente, en los artículos 5, 6 y 40 de la Ley 142 de 1994.

Para ello, es necesario transcribir dichas normas así:

- Artículo 315 de la Constitución Política. Son atribuciones del alcalde:

(…)

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

- Decreto Ley 1421 de 1993:

ARTÍCULO 35. ATRIBUCIONES PRINCIPALES. El alcalde mayor de Santafé de Bogotá es el jefe del gobierno y de la administración distritales y representa legal, judicial y extrajudicialmente al Distrito Capital.

Como primera autoridad de policía en la ciudad, el alcalde mayor dictará, de conformidad con la ley y el Código de Policía del Distrito, los reglamentos, impartirá las órdenes, adoptará las medidas y utilizará los medios de policía necesarios para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades públicas.

ARTÍCULO 38. ATRIBUCIONES. Son atribuciones del alcalde mayor:

(…)

3. Dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del Distrito.

(…)

6. Distribuir los negocios según su naturaleza entre las secretarías, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas.

ARTÍCULO 163. COMPETENCIA. Para garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad, los servicios públicos se prestarán de acuerdo con lo dispuesto en este estatuto y demás normas aplicables.

Es obligación del Distrito, asegurar que se presten de manera eficiente los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible y teléfonos.

El Distrito continuará prestando, a través de empresas descentralizadas, los servicios que tiene a su cargo, en los términos del presente estatuto.

- Ley 142 de 1994

ARTÍCULO 5. COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.

5.2. Asegurar en los términos de esta Ley, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio.

5.3. Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 60/93 y la presente Ley.

5.4. Estratificar los inmuebles residenciales de acuerdo con las metodologías trazadas por el Gobierno Nacional.

5.5. Establecer en el municipio una nomenclatura alfa numérica precisa, que permita individualizar cada predio al que hayan de darse los servicios públicos.

5.6. Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia.

5.7. Las demás que les asigne la ley.

ARTÍCULO 6. PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o

privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;

6.3. Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos.

En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de servicios públicos y de las Comisiones. Pero los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de esta ley.

Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar.

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho.

Artículo 40. ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el

> contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.
>
> PARÁGRAFO 1. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

En tal forma, las normas constitucionales y legales que acaban de enunciarse no autorizaban el «Esquema transitorio» adoptado por el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012. Ni siquiera, en gracia a la discusión, el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 —que se tuvo como fundamento para expedir el referido Decreto— lo permitía, pues esta norma exigía una serie de requisitos para que los municipios directamente prestaran los servicios.[478] Por el contrario, el Decreto en mención no tuvo en cuenta el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, ya que con la aplicación del supuesto contenido en esta norma era la única posibilidad legal que había para imponer alguna limitación al principio de libertad de empresa, la cual corresponde a la utilización de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE).

De esa manera, todas las anteriores normas constitucionales y legales fueron utilizadas por el disciplinado para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante, finalidad que consistió en la adopción de un esquema de aseo para la ciudad de Bogotá totalmente irregular con lo cual se afectó el principio de libertad de empresa, garantizado en la Constitución Política de Colombia y en la ley de servicios públicos domiciliarios. Esa garantía constitucional y legal del principio de libertad de empresa se encuentra amparada en las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia

> ARTÍCULO 333. **La actividad económica y la iniciativa privada son libres**, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, **nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos**, sin autorización de la ley.
>
> **La libre competencia económica es un derecho de todos** que supone responsabilidades.
>
> La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

[478] Confróntese con el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

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

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

ARTICULO 367. **La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios**, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

- Ley 142 de 1994

ARTÍCULO 2. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, **conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley**, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: **2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante**

ARTÍCULO 3. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y

organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: **3.9. Respecto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.**

ARTÍCULO 10. LIBERTAD DE EMPRESA. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

ARTÍCULO 11. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones: **11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia**.

ARTÍCULO 22. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas **no requieren permiso para desarrollar su objeto social**, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades.

ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; **en la forma que mejor garantice la libre competencia** y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

(Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, la conducta relacionada con la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, cometida por el disciplinado GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, se encuadró en el tipo disciplinario contenido en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

8.2.3 Ilicitud sustancial.

Conforme a lo establecido en el artículo 5 del estatuto disciplinario, la falta disciplinaria cometida por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición alcalde mayor de Bogotá, afectó el deber funcional, sin que se hubiera demostrado en el proceso causal de justificación alguna. Así, y en concordancia con lo establecido en el artículo 22 del Código Disciplinario Único,

la afectación del deber funcional fue sustancial, por estar en contravía de la garantía de los principios que rigen la función pública. Dicha norma establece lo siguiente:

> Artículo 22. Garantía de la función pública. **El sujeto disciplinable, para salvaguardar la** moralidad pública, transparencia, **objetividad, legalidad,** honradez, lealtad, igualdad, **imparcialidad,** celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia **que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función,** ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.
>
> (Negrilla fuera de texto).

En la medida en que la tipicidad corresponde a un juicio de adecuación en donde determinada conducta se ajusta a la inobservancia de una regla, su desconocimiento conlleva al incumplimiento de principios, aspecto que corresponde analizar en sede de la antijuridicidad o ilicitud del comportamiento.

En el presente caso, los principios de la función pública como la objetividad, legalidad e imparcialidad se vieron seriamente afectados por haberse adoptado un esquema de aseo para la ciudad de Bogotá por fuera del ordenamiento jurídico (legalidad), el cual ocasionó que se violara el principio de libertad de empresa, impidiéndose que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital (objetividad e imparcialidad).

Esta conclusión es coherente con lo que el legislador estableció, de tiempo atrás, en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, norma que se refiere a los principios de la función pública (titulados en esa norma como principios de la función administrativa), entre los cuales se destacan los principios de igualdad, imparcialidad y responsabilidad, principios que igualmente tienen una estrecha relación con los de objetividad y legalidad:

> Artículo 3°. Principios de la función administrativa. **La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la** buena fe, **igualdad**, moralidad, celeridad, economía, **imparcialidad**, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, **responsabilidad** y transparencia. L**os principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.**

(Negrilla fuera de texto).

Y este análisis de los principios de la función pública en sede de antijuridicidad es totalmente consecuente con lo que está ordenado en el parágrafo de la norma atrás señalada:

> Parágrafo. **Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control** y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y **al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes** constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.
>
> (Negrilla fuera de texto).

Por otra parte, los sujetos procesales siempre esgrimieron como causal de ausencia de responsabilidad las órdenes dadas por la Corte Constitucional para incluir a la población recicladora. Sin embargo, quedó demostrado que esa situación no tuvo ninguna relación con la decisión adoptada por el disciplinado, pues, conforme a las pruebas que fueron recaudas, sí se podían cumplir acciones afirmativas independientemente de la escogencia del modelo legal posible; además, muchas de esas acciones tenían carácter progresivo, y, en todo caso, quedó acreditado que el cumplimiento de dichas metas no se excluía con la aplicación del régimen de la libre competencia, consideraciones de orden probatorio y jurídico plasmadas al momento de responder cada una de las razones de exculpación de los sujetos procesales, a las cuales la Sala se remite en su integridad.

En consecuencia, con el comportamiento realizado por el disciplinado se incurrió en la falta disciplinaria señalada en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por lo cual también se desconocieron los principios de la función pública, conclusión que soporta el juicio de valoración para determinar la ilicitud de la conducta cometida.

8.2.4 Culpabilidad.

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 proscrita[479]

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.

En el presente caso, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tenía la capacidad de ser motivado por la norma prohibitiva; conocía los hechos;

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

sabía y quería que empresas distintas a las del Distrito no pudieran prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en igualdad de condiciones. Para ello, desde los meses de julio y agosto de 2012 le había dado precisas instrucciones al entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO. Además, días antes a la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 se conoció la administración distrital impediría que empresas privadas prestaran el servicio de aseo, como les constó a algunos testigos y como quedó registrado en medios de comunicación, dada la notoriedad de esos hechos. Para ello, tuvo la voluntad de actuar de esa manera, porque fue él quien suscribió el referido Decreto y lideró las reuniones en donde se confeccionó la elaboración de dicho acto administrativo. Al respecto, obsérvese lo que se informó en la visita especial practicada en las instalaciones de la Alcaldía de Bogotá:

> **PREGUNTADO:** De qué manera intervino el señor alcalde mayor en la elaboración de estos dos actos administrativos. **CONTESTÓ: En el 564 de 2012, el señor alcalde estuvo participando en varias reuniones de trabajo para estructurar tanto los considerandos como el articulado del decreto,** al igual que el secretario de gobierno, sus asesores, la secretaria de Ambiente, la secretaria de Hábitat y el secretario General. Y obviamente el alcalde participó suscribiéndolo. (…)[480]
>
> (Negrillas fuera de texto).

De la misma manera, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO siempre tuvo el conocimiento de los hechos y, en especial, el conocimiento de la ilicitud sobre su conducta, pues antes de la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, varias entidades y organismos de control le previnieron y advirtieron que en Bogotá regía, para la prestación del servicio público de aseo, el principio de libertad de empresa. En efecto, fueron innumerables las comunicaciones y oficios que le llegaron directamente al señor alcalde mayor de Bogotá para representarse que si la administración tomaba decisiones para que las empresas del Distrito únicamente asumieran la prestación del servicio e impidiera que lo hicieran otras con ello se violaría el principio de libertad de empresa. Todas estas comunicaciones y situaciones similares fueron analizadas al momento de responder cada uno de los argumentos expuestos por los sujetos procesales, consideraciones a las cuales se remite la Sala en su integridad.

De la misma manera, las advertencias referidas en cuanto al principio de libertad de empresa no solo fueron puestas en conocimiento del disciplinado de forma directa. La Sala estima, a través de prueba indiciaria, que al señor alcalde

[480] Conforme al acta de visita especial, practicada el 12 de febrero de 2013. Ver folios 101 a 107 del cuaderno original n.° 1 de la actuación.

mayor de Bogotá también lo supo de forma indirecta, pues lo cierto es que todos estos aspectos fueron dados a conocer a los funcionarios de las entidades del Distrito que participaron en diferentes reuniones, especialmente algunas de ellas llevadas a cabo en la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública.

Como prueba de lo anterior, basta con observar las actas de las reuniones del 7 y 13 de noviembre de 2012, en donde participaron un buen número de funcionarios directivos de la UAESP y la EAAB, entre ellos los doctores DIEGO BRAVO y HENRY TRUJILLO, gerente de la EAAB y director de la UAESP, respectivamente, y en donde cada uno de los aspectos señalados en forma precedente fueron puestos en conocimiento de estos funcionarios.[481]

En el proceso se demostró que todos los temas relacionados con la temática de aseo y libertad de empresa, cuyo conocimiento era del gerente de la EAAB y al director de la UAESP, le eran informados al señor alcalde mayor de Bogotá, pues este siempre intervino de forma pública ratificando y respaldando la decisión de las entidades del Distrito. Incluso, quedaron demostradas las precisas instrucciones que el señor alcalde mayor de Bogotá le dio al entonces gerente de la EAAB DIEGO BRAVO en los meses de julio y agosto de 2012.

Al respecto, los anteriores funcionarios eran los que asistían al despacho del señor alcalde mayor de Bogotá para tratar los temas del servicio de aseo, reuniones que eran convocadas y lideradas por el mismo disciplinado, tal y como se demostró con el récord de reuniones que se dieron a partir del mes de junio de 2012, según la visita especial practicada en las instalaciones de la Alcaldía Mayor.[482]

En ese orden de ideas, está demostrado que el disciplinado actuó de forma voluntaria y con conocimiento sobre los hechos y la ilicitud de su conducta, y más cuando en muchas de sus explicaciones refirió que parte de las razones por las cuales adoptó dichas decisiones fue por «descartelizar» a un grupo de contratistas, finalidad que no guardaba ninguna relación con el respeto del principio de la libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo y en la garantía de la prestación de este servicio en la ciudad de Bogotá como era su deber, razones de más para concluir que la falta disciplinaria se cometió a título de dolo.

[481] Confróntese con los folios 93 a 119 del anexo n.° 1 de la actuación. Así mismo, ver las actas originales en folios 19 a 45 del anexo n. ° 5 de la actuación.
[482] Confróntese con la visita del 12 de febrero de 2013 y sus respectivos anexos. Ver anexo n.° 9 de la actuación.

8.3 En cuanto a la falta disciplinaria contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

8.3.1 Conducta cometida.

Igualmente, quedó demostrado que el señor alcalde mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, profirió 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.

De ese modo, con el anterior comportamiento el señor alcalde mayor de Bogotá cometió la siguiente falta disciplinaria:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 37. **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.**
>
> (Negrilla fuera de texto).

8.3.2 Tipicidad de la conducta.

El numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público profiera actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente, originando un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente.

En el presente caso, el señor alcalde mayor de Bogotá actuó por fuera del cumplimiento del deber profiriendo un acto administrativo que autorizó el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, lo cual era contrario a la normatividad vigente, en especial a lo señalado en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, normas que fueron analizadas y explicadas al

momento de responder los argumentos de descargos y de alegatos de conclusión, consideraciones a las cuales se remite la Sala en su integridad.

En tal sentido y conforme se determinó en el mismo Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, las potestades del señor alcalde mayor de Bogotá estaban soportadas en los artículos 65, numeral 9, y 66 de la Ley 99 de 1993, y en los artículos 35 y 38, numeral 18, del Decreto Ley 1421 de 1993, y en el artículo 15 del Acuerdo 19 de 1996.

Para ello, es necesario transcribir dichas normas así:

- Ley 99 de 1993, por medio de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organizó el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictaron otras disposiciones.

  ARTÍCULO 65. FUNCIONES DE LOS MUNICIPIOS, DE LOS DISTRITOS Y DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA. Corresponde en materia ambiental a los municipios, y a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:

  (…)

  9. Ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos del municipio, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos y de control a las emisiones contaminantes del aire.

  ARTÍCULO 66. COMPETENCIAS DE GRANDES CENTROS URBANOS. Los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000) ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano. Además de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que les corresponda otorgar para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción, las autoridades municipales, distritales o metropolitanas tendrán la responsabilidad de efectuar el control de vertimientos y emisiones contaminantes, disposición de desechos sólidos y de residuos tóxicos y peligrosos, dictar las medidas de corrección o mitigación de daños ambientales y adelantar proyectos de saneamiento y descontaminación.

  Los municipios distritos o áreas metropolitanas de que trata el presente artículo asumirán ante las Corporaciones Autónomas Regionales la obligación de trasferir el 50% del recaudo de las tasas retributivas o compensatorias causadas dentro del perímetro urbano y de servicios, por el vertimiento de afluentes contaminantes conducidos por la red de servicios públicos y arrojados fuera de dicho perímetro,

según el grado de materias contaminantes no eliminadas con que se haga el vertimiento.

- Decreto Ley 1421 de 1993:

ARTÍCULO 35. ATRIBUCIONES PRINCIPALES. El alcalde mayor de Santafé de Bogotá es el jefe del gobierno y de la administración distritales y representa legal, judicial y extrajudicialmente al Distrito Capital.

Como primera autoridad de policía en la ciudad, el alcalde mayor dictará, de conformidad con la ley y el Código de Policía del Distrito, los reglamentos, impartirá las órdenes, adoptará las medidas y utilizará los medios de policía necesarios para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades públicas.

ARTÍCULO 38. ATRIBUCIONES. Son atribuciones del alcalde mayor:

(…)

18. Dictar los actos y tomar las medidas que autoricen la ley y los acuerdos municipales en los casos de emergencia e informar al Concejo sobre su contenido y alcances.

- Acuerdo 19 de 1996, por el cual se adopta el Estatuto General de Protección Ambiental del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y se dictan normas básicas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente.

  Artículo 15. De los Estados de Alarma por Contaminación. En casos de ocurrencia, o de amenaza evidente de episodios de contaminación y proliferación de elementos contaminantes del aire, las aguas o los suelos, en los términos señalados en el artículo 8 del Decreto - Ley 2811 de 1974, y que ameriten medidas especiales por parte de la Administración para contrarrestarlos, el Alcalde Mayor podrá declarar alguno de los siguientes estados de alarma:

  1. Estado de prevención o Alerta Amarilla.

     Cuando se observen situaciones o tendencias que amenacen la calidad ambiental de un área, se declarará el Estado de Prevención o Alerta Amarilla hasta por doce meses. Este estado podrá prolongarse hasta tanto se detengan o reviertan las situaciones o tendencias que motivaron la declaratoria. El DAMA podrá emitir para estas áreas normas o estándares ambientales más estrictos que los vigentes para el resto de la ciudad.

     (…)

Como puede observarse, de la lectura de dichas normas legales no puede concluirse que el alcalde mayor de Bogotá estuviera autorizado para desconocer otras normas de tipo reglamentario, que precisamente tenían total

correspondencia para que la prestación del servicio público de aseo no generara riesgos para la salud humana y para el medio ambiente.

En tal sentido, el haberse autorizado el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, con desconocimiento de las normas que regían la materia, se contravino precisamente las normas a las que acudió el señor alcalde mayor de Bogotá para proferir el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Adicionalmente, con tal conducta, no solo se desconocieron las normas legales a las que se han hecho referencia, sino también algunas de orden constitucional y que son necesarias para estimar la falta disciplinaria realizada. Ellas son las siguientes:

> ARTÍCULO 49. (Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009.) La atención de la salud y el **saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado.** Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.
>
> Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y **de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia,** universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.
>
> (…)
>
> ARTÍCULO 79. **Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano.** La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.
>
> **Es deber del Estado proteger la** diversidad e **integridad del ambiente,** conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.
>
> ARTÍCULO 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.
>
> Además, **deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental,** imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.
>
> (…)

(Negrillas fuera de texto).

Por otra parte, en cuanto al riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente, elemento exigido por el tipo disciplinario, basta con recordar que conforme al dictamen pericial, a algunas conclusiones del informe de monitoreo de la Secretaría Distrital de Medio Ambiente y a parte de algunas explicaciones del testigo JULIO CÉSAR PULIDO, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. En efecto, para la prueba pericial dicho riesgo fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito ni lo pudo calcular el ingeniero PULIDO. Pero lo cierto es que este testigo informó que los impactos presentados sí fueron negativos, amén de otro tipo de riesgos y amenazas potenciales que según él sí se presentaron. Recuérdese que según el declarante para poder calcular un impacto ambiental se necesitaba acudir a criterios de magnitud, extensión e intensidad, labor que él ni el informe concluyeron porque no contaban con las bases técnicas para poderlo hacer. Sin embargo, este aspecto sí fue desarrollado por la prueba pericial, en donde se determinó que sí hubo impactos y amenazas ambientales considerables, en razón de que en la ciudad de Bogotá se dejaron de recoger en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 entre 6.000 y 9.000 toneladas de residuos sólidos.

De tal modo y conforme a las tres pruebas que obran en el proceso está demostrado que sí se presentó un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito, conclusión que está soportada en todas y cada una de las razones que fueron expuestas a lo largo de la presente decisión.

Así las cosas, la ocurrencia de dicha situación se debió en buena parte a la autorización del señor alcalde mayor de Bogotá para que el operador público, en el nuevo modelo de aseo implementado por él mismo, utilizara vehículos tipo volquetas, cuando las normas reglamentarias de manera clara y precisa exigían vehículos compactadores, aspecto que incluso se prolongó de forma irregular hasta el mes de julio de 2013, en la medida en que se iban obteniendo de forma paulatina y progresiva vehículos compactadores por parte del operador público.

En consecuencia, la conducta relacionada con la expedición de dicho acto administrativo a cargo del disciplinado GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, se encuadró en la falta disciplinaria contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

8.3.3 Ilicitud sustancial.

Conforme a lo establecido en el artículo 5 del estatuto disciplinario, la falta disciplinaria cometida por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición alcalde mayor de Bogotá, afectó el deber funcional, sin que se hubiera demostrado en el proceso causal de justificación alguna. Así, y en concordancia con lo establecido en el artículo 22 del Código Disciplinario Único, la afectación del deber funcional fue sustancial, por estar en contravía de la garantía de los principios que rigen la función pública. Dicha norma establece lo siguiente:

> Artículo 22. Garantía de la función pública. **El sujeto disciplinable, para salvaguardar la** moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, **eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función,** ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.
>
> (Negrilla fuera de texto).

En la medida en que la tipicidad corresponde a un juicio de adecuación en donde determinada conducta se ajusta a la inobservancia de una regla, su desconocimiento conlleva al incumplimiento de principios, aspecto que corresponde analizar en sede de la antijuridicidad o ilicitud del comportamiento.

En el presente caso, los principios de la función pública como eficacia y eficiencia se vieron seriamente afectados por haberse autorizado el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, cuando lo mandado era el uso de automotores con ciertas condiciones mínimas técnicas, tal y como ocurría con los vehículos compactadores.

Esta conclusión es coherente con lo que el legislador estableció, de tiempo atrás, en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, norma que se refiere a los principios de la función pública (titulados en esa norma como principios de la función administrativa), entre los cuales se destacan los principios de eficacia y eficiencia y también el de responsabilidad:

> Artículo 3°. Principios de la función administrativa. **La función administrativa se desarrollará conforme a los principios**

> **constitucionales, en particular los atinentes a la** buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, **eficacia, eficiencia,** participación, publicidad, **responsabilidad** y transparencia. L**os principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.**
>
> (Negrilla fuera de texto).

Este análisis de los principios de la función pública en sede de antijuridicidad es totalmente consecuente con lo que está ordenado en el parágrafo de la norma atrás señalada:

> Parágrafo. **Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control** y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y **al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes** constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.
>
> (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, con el comportamiento realizado por el disciplinado se incurrió en la falta disciplinaria señalada en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por lo cual también se desconocieron los principios de la función pública, conclusión que soporta el juicio de valoración para determinar la ilicitud de la conducta cometida.

8.3.4 Culpabilidad.

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 proscrita[483]

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.

En el presente caso, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tenía la 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 tema tan importante como lo era el medio ambiente y relacionado con la prestación del servicio público de aseo podían haber normas que exigían la utilización de vehículos con ciertos requisitos de orden reglamentario para la prestación de tan importante servicio.

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

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 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.[484] 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 anti-reglamentaria, 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.

---

[484] Confróntese en http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1479 y http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5542

8.4 Conclusión y exposición de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción.

Por todo lo expuesto, la Sala Disciplinaria concluye que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y para el segundo semestre del año 2012, realizó tres faltas disciplinarias gravísimas con culpabilidad, razón por la cual tendrá que declararse responsable e imponerse la respectiva sanción disciplinaria.

Para ello, es necesario considerar que dos faltas disciplinarias se cometieron a título de dolo, mientras que una de ellas lo fue a título de culpa gravísima, situación que ameritará imponer el correctivo disciplinario de la destitución e inhabilidad conforme a lo establecido en el numeral 1.° del artículo 44 del Código Disciplinario Único.

Ahora bien, en cuanto a los límites de las sanciones, el artículo 46 del mismo estatuto dispuso que la inhabilidad general será de diez a veinte años, sanción que implicará la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término que se señale en esta decisión conforme a los criterios de graduación contenidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario).

En tal forma, el numeral 1.° del mencionado artículo 47 del Código Disciplinario Único establece lo siguiente:

> 1. La cuantía de la multa y **el término de duración de la** suspensión e **inhabilidad** se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:
>
> a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;
>
> b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;
>
> c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;
>
> d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;
>
> e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;

> f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;
>
> g) El grave daño social de la conducta;
>
> h) La afectación a derechos fundamentales;
>
> **i) El conocimiento de la ilicitud;**
>
> **j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el numeral 2 del mismo artículo 47 del CDU dispuso lo siguiente:

> 2. **A quien, con** una o **varias acciones** u omisiones, **infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria** o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:
>
> a) Si la sanción más grave es la **destitución e inhabilidad general,** esta última se **incrementará hasta en otro tanto,** sin exceder el máximo legal;
>
> (…)
>
> (Negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO ocupaba un cargo del nivel directo como lo era el de alcalde mayor de Bogotá, que en las faltas cometidas medio el conocimiento de la ilicitud y que con varias acciones infringió tres disposiciones de la ley disciplinaria, la Sala impondrá como correctivo disciplinario la DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL por el término de QUINCE (15) AÑOS.

10. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en uso de sus facultades legales y en atención a la delegación efectuada por el despacho del procurador general de la nación,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las solicitudes de nulidades propuestas por los sujetos procesales, en los respectivos escritos de descargos y alegatos de conclusión, en atención a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probado y no desvirtuado el primer cargo formulado en contra del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, a quien le corresponde la cédula de ciudadanía n.° 208.079 y en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, en atención a las razones anotadas en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, a quien le corresponde la cédula de ciudadanía n.° 208.079 y en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, de la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 31. **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.**
>
> (Negrillas fuera de texto).

La declaratoria de responsabilidad por este cargo formulado se hace a título de dolo y en la modalidad de determinador, forma de autoría para la realización de una falta disciplinaria, contemplada en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> ARTÍCULO 26. AUTORES. **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.
>
> (Negrillas fuera de texto).

CUARTO: DECLARAR probado y no desvirtuado el segundo cargo formulado en contra del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, a quien le corresponde la cédula de ciudadanía n.° 208.079 y en su condición de alcalde

mayor de la ciudad de Bogotá, en atención a las razones anotadas en la parte considerativa de esta decisión.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, a quien le corresponde la cédula de ciudadanía n.° 208.079 y en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, de la falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante.

La declaratoria de responsabilidad por este cargo formulado se hace a título de dolo.

SEXTO: DECLARAR probado y no desvirtuado el tercer cargo formulado en contra del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, a quien le corresponde la cédula de ciudadanía n.° 208.079 y en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, en atención a las razones anotadas en la parte considerativa de esta decisión.

SÉPTIMO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, a quien le corresponde la cédula de ciudadanía n.° 208.079 y en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, de la falta gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

> **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (…)
>
> 37. **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.**
>
> (Negrilla fuera de texto).

La declaratoria de responsabilidad por este cargo formulado se hace a título de culpa gravísima.

OCTAVO: Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad por las tres faltas disciplinarias anteriormente señaladas, imponer como sanción al disciplinado DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL por el término de QUINCE (15) AÑOS, en atención a las razones anotadas en la parte considerativa de esta decisión.

NOVENO: Notificar la presente decisión de conformidad con lo establecido en los artículos 100, 101, y 107 del Código Disciplinario Único. Para tal efecto, se entregará copia de este proveído, advirtiéndoles a los jurídicamente interesados que contra esta decisión procede el recurso de reposición, en la forma prevista en los artículos 110, 111, 112, 113 y 114 del Código Disciplinario Único.

DÉCIMO: Una vez quede ejecutoriada la presente decisión y si a ello hay lugar, en virtud de que contra la presente providencia procede el recurso de reposición, por la Secretaría de la Sala Disciplinaria efectuar las comunicaciones de que trata el numeral 1.° del artículo 172 del Código Disciplinario y efectuar los trámites pertinentes para el registro de la sanción en el grupo SIRI de la entidad.

DÉCIMO PRIMERO: Una vez quede ejecutoriada la presente decisión, ordenar que el presente proceso disciplinario se mantenga en la Secretaría y en el respectivo archivo de la Sala Disciplinaria, dependencia a través de la cual se efectuarán los trámites y anotaciones de rigor.

DÉCIMO SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sala Disciplinaria se harán las comunicaciones, notificaciones y anotaciones de rigor.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA
Procurador Primero Delegado

CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ
Procurador Segundo Delegado ad hoc