



Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-2333-000-2015-00708-00
<b>Demandante</b>	ANTONIO FLÓREZ GARIZABAL
<b>Demandado</b>	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
<b>Magistrada Ponente</b>	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar, a decidir sobre la solicitud de medida cautelar incoada por la parte demandante.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Las pretensiones de la demanda<sup>1</sup>.

Las pretensiones de la demanda se sintetizan así:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 19 de marzo de 2015, proferido por la Procuraduría Provincial de Cartagena, por medio del cual se sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años al señor Antonio Flórez Garizabal.
- Acto administrativo de 15 de mayo de 2015, proferido por la Procuraduría Regional de Bolívar, por medio del cual confirmó la sanción disciplinaria interpuesta al demandante.
- A título de restablecimiento del derecho, se pretende que se elimine del Registro de Sanciones de la Procuraduría General de la Nación, la anotación de la sanción disciplinaria interpuesta al demandante y que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

### 2. La solicitud de medida cautelar<sup>2</sup>.

La parte actora solicitó como medida cautelar, la suspensión provisional de los actos administrativos de fecha 19 de marzo de 2015, proferido por la Procuraduría Provincial de Cartagena y 15 de mayo de 2015, de la Procuraduría Regional de Bolívar, por medio de los cuales se sancionó al demandante disciplinariamente con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años y se confirmó dicha sanción, respectivamente.

Sustenta su solicitud en las normas superiores invocadas como violadas en el concepto de la violación, esto es, artículo 29 de la Constitución, artículos 4, 8, 19 y 48.31, numerales 4 y 5 del artículo 170 y artículo 171 del Código Disciplinario Único; artículo 31 numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

<sup>1</sup> Folios 1- 2

<sup>2</sup> Folio 47 – 50, cuaderno medidas cautelares.



13001-23-33-000-2015-00708-00

En el concepto de la violación se expone en síntesis, en lo que atañe a la solicitud de suspensión provisional, que:

(i) Existió falsa motivación por violación de los principios de legalidad y tipicidad, por indebida subsunción típica del comportamiento, ya que se aplicó indebidamente el tipo disciplinario establecido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, al realizar una interpretación indebida y contraria a derecho del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y no se desarrolló el proceso lógico jurídico que permitiera establecer las razones por las cuales se consideraron violados los principios de economía y responsabilidad, con lo cual se motivó indebidamente el acto disciplinario. Además, se extrajo una regla jurídica inexistente, mediando interpretación extensiva y errónea del numeral 1 del mencionado artículo de la Ley General de Contratación, dado que, el mismo no supone la necesaria existencia del contrato de interventoría con anterioridad a la celebración de este, ni tampoco establece el requisito referido a una supuesta temporalidad en ambos acuerdos de voluntades.

(ii) El acto que resolvió el recurso de apelación agravó los vicios de legalidad y tipicidad en que incurrió la Procuraduría en primera instancia, puesto que fue configurado a partir de una interpretación contraria a la fijada por la Sentencia C – 818 de 2005 y además, incluyó nuevas imputaciones, desbordando el marco jurídico impuesto por la primera instancia, pues no respondió cada uno de los argumentos propuestos en el recurso de apelación, con lo cual desconoció los derechos al debido proceso y contradicción del demandante.

(iii) Hubo falsa motivación por inexistencia de ilicitud sustancial, toda vez que, la Procuraduría Provincial no demostró por qué el comportamiento disciplinario era ilícito desde el punto de vista sustancial, con lo cual desconoció el artículo 5 del Código Disciplinario Único.

(iv) Inexistencia de imputación subjetiva e inexigibilidad de otro comportamiento, con lo cual se violaron los artículos 13 y el parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, ya que la demandada no motivó de forma precisa y clara, conforme los elementos de prueba, por qué en el caso concreto consideró que estaba presente alguna de las modalidades de culpa gravísima. Además, la Procuraduría Regional de Bolívar no analizó los argumentos expuestos por el apelante, motivó de forma arbitraria la culpabilidad al darse por supuesta y no se determinó en forma precisa el título de imputación subjetiva.

En virtud de lo anterior, argumenta que de la simple confrontación de normas invocadas como violadas con los actos demandados, dan cuenta de la manifiesta contrariedad de los mismos con el ordenamiento jurídico superior, la cual en su criterio cumple con el estándar establecido por el CPACA para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, ya que se trata de violaciones manifiestas de los principios de legalidad, tipicidad,



13001-23-33-000-2015-00708-00

ilicitud sustancia y especialmente, de culpabilidad disciplinaria, que nunca fue determinada de forma correcta por los operadores disciplinarios.

Finalmente, adujo que la orden de suspensión provisional que se dicte al respecto resulta además necesaria, por cuanto, de nada sirve acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, si durante todo el proceso se mantienen los efectos de dos actos administrativos que considera incursos en serios y graves vicios de legalidad.

**3. Trámite procesal**

Por auto de fecha dieciséis (16) de junio de dos mil diecisiete (2017), se ordenó correr traslado por el término de cinco (5) días a la parte demandada y al Ministerio Público de la solicitud de medida cautelar<sup>3</sup>

**4. Oposición de la demandada<sup>4</sup>**

Sostiene que, en el presente caso no se presentan los requisitos necesarios para acceder a la suspensión provisional de los actos acusados, toda vez que, los argumentos que soportan la solicitud giran en aspectos que requieren un análisis de fondo y completo del caso, aspecto que considera no se puede dilucidar con la simple confrontación entre el acto acusado y las normas que se consideran infringidas, dado que, los reproches formulados por el actor giran en torno a una indebida adecuación típica, indebida adecuación subjetiva del caso, ausencia de ilicitud sustancial y valoración probatoria, lo cual requiere un análisis de fondo.

Advierte que, además de la violación de cualquiera de las normas mencionadas, debe existir prueba sumaria sobre la existencia de los perjuicios reclamados, que en el caso concreto no se prueban. En cuanto al perjuicio irremediable, precisó que el demandado fue sancionado dentro de otro proceso disciplinario que también le adelantó la Procuraduría General de la Nación con destitución e inhabilidad general, por el término de diez (10) años.

Considera que, lo pretendido por el demandante es que se efectúe un prejuzgamiento, ya que busca que se decrete en su favor un restablecimiento del derecho, fundado en aspectos que deberán ser controvertidos dentro del proceso judicial, cuyo alcance debe ser resuelto en la sentencia y no de manera anticipada en la decisión sobre la suspensión provisional.

Finalmente, señala que el demandante se limita a pedir la suspensión provisional sin argumentar mínimamente su solicitud, lo cual torna improcedente la medida cautelar, toda vez que, se tendría que analizar y valor aspectos propios del proceso judicial.

<sup>3</sup> Folio 64 cuaderno medidas cautelares.

<sup>4</sup> Folios 33-34 del Cdno Principal





## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La presente providencia se profiere por la Ponente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 125 del CPACA, norma que prevé que es competencia del Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, excepto las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 ibídem, las cuales serán dictadas por la respectiva Sala, entre las cuales no se encuentra la decisión de negar una medida cautelar.

### 2. Marco jurídico de las medidas cautelares

De conformidad con lo previsto en el artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares a adoptarse dentro de los procesos declarativos que se surten ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pueden ser de naturaleza preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, las cuales deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Dentro de las medidas cautelares, se encuentra la de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la cual procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Adicionalmente, tratándose de demandas con pretensión de restablecimiento de derechos e indemnización de perjuicios, será carga del solicitante de la cautela, probar al menos sumariamente, la existencia de estos (Artículo 231 CPACA).

En providencia de fecha 4 de octubre de 2012, la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>5</sup>, respecto a los alcances y facultades del juez al momento de decidir una solicitud de medida cautelar de suspensión provisional señaló:

*"La nueva norma precisa entonces que: 1º) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal – cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** 2º) Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto*

<sup>5</sup> Proferida dentro del medio de control de nulidad electoral tramitado bajo el radicado número: **11001-03-28-000-2012-00048-00**, **Consejera ponente:** SUSANA BUITRAGO VALENCIA



13001-23-33-000-2015-00708-00

*de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado (...)"*.

De lo anterior se desprende que para que el juez pueda decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar, debe **analizar el contenido de las normas que se consideran vulneradas y determinar si a partir de dicho análisis, del acto demandado o de las pruebas allegadas, surge la violación de las disposiciones que determine resolver de forma favorable al solicitante. Además, cuando junto con la pretensión de nulidad, se persiga el restablecimiento de derechos o la indemnización de perjuicios, deberá verificar la prueba siquiera sumaria de estos, supuesto ligado a la legitimación activa de quien pide la cautela.**

**Debe precisarse que la decisión adoptada por el Juez, como consecuencia del estudio de una solicitud de medida cautelar, en ningún momento implica un prejuzgamiento del litigio que se somete a conocimiento de la jurisdicción y que finalmente debe ser decidido mediante sentencia judicial - artículo 229 del CPACA -<sup>6</sup>.**

**3. Caso concreto**

En el presente caso, la solicitud de cautela presentada por la parte demandante, tiene relación directa con las pretensiones de la demanda, en la medida en que se solicita la suspensión de los actos administrativos acusados y respecto de los cuales se pretende que, a través de un pronunciamiento de fondo, se declaren nulos.

El demandante fundamenta su solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, en los cargos de nulidad que se explican en el concepto de la violación, por lo tanto, en aras de determinar la procedencia o no de la suspensión provisional en el caso concreto, el Despacho se remitirá a dichos cargos simplemente para hacer el estudio comparativo entre los actos acusados y las normas que se consideran violadas, con el fin de establecer si en esta etapa procesal resulta procedente concluir que se presenta la violación de las normas invocadas.

Realizado el análisis del contenido del acto demandado y efectuado el estudio de las pruebas allegadas, se arriba a las siguientes conclusiones que imponen no acceder, en este momento procesal, al decreto de la medida cautelar deprecada:

<sup>6</sup> En providencias más recientes se ratifica lo anteriormente indicado así: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejera Ponente (E): OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá D. C., once (11) de mayo de dos mil quince (2015) Radicación: 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52.149) Demandante: Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna Demandado: Nación – Ministerio de Minas y Energía y Agencia Nacional de Minería Referencia: Medio de Control de Nulidad y SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., once (11) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación núm.: 11001 0324 000 2013 00503 00. Actor: RÓMULO ROJAS QUESADA. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.





13001-23-33-000-2015-00708-00

De la revisión del fallo disciplinario de fecha 19 de marzo de 2015<sup>7</sup> proferido por la Procuraduría Provincial de Cartagena, se observa que el cargo único formulado al señor Antonio Flórez Garizabal en su condición de Secretario de Infraestructura del Distrito de Cartagena, fue el de haber suscrito el contrato de Consultoría No. 6-179-931 de fecha 14 de septiembre de 2010, con la arquitecta Enith Luna Barreto, cuyo objeto fue "la interventoría de la obra de construcción de cinco aulas, construcción de tres aulas, construcción de laboratorio, unidad sanitaria y dotación de mobiliario básico escolar en la Institución Educativa de Tierra Bomba", **con desconocimiento de los principios contractuales de responsabilidad y economía, toda vez que, no se analizó en forma seria la necesidad y conveniencia para contratar la interventoría**, en razón a que la obra que sería objeto de vigilancia y control se contrató hasta el 4 de agosto de 2011, mediante Contrato No. 6-159-651. En ese sentido, consideró la autoridad disciplinaria que se habían infringido los artículos 25 numerales 7 y 12, y 26 de la Ley 80 de 1993 que establecen lo concerniente a los principios de economía y responsabilidad que deben regir la actividad contractual de las entidades públicas; normas que fueron adecuadas al tipo disciplinario previsto en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), según el cual constituye una falta gravísima "Participar en etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios de la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley".

El primer reparo que hace el demandante a la aludida decisión, consiste en que se violaron los principios de legalidad y tipicidad, ya que se aplicó indebidamente el tipo disciplinario establecido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario único, al realizar una interpretación indebida y contraria a derecho del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y no se desarrolló el proceso lógico jurídico que permitiera establecer las razones por las cuales se consideró violado el principio de economía y responsabilidad, sin embargo, de la lectura del acto demandado surgen con claridad los argumentos expresados por la Procuraduría para explicar en qué consistió la violación a dichos principios contractuales, explicando que se debió a que el demandante llevó a cabo la contratación de la interventoría, sin que previamente se hubiera evaluado en forma seria la necesidad, oportunidad y conveniencia de la misma y muy a pesar de que la ejecución de la interventoría resultaba inviable, por no encontrarse si quiera formalizado el proceso licitatorio para contratar la obra pública objeto de la misma.

La autoridad disciplinaria explicó de forma clara que, la violación del **principio de economía** consistió en que el demandante suscribió el contrato de interventoría sin haber analizado en forma seria la necesidad, oportunidad y conveniencia del objeto a contratar, en razón a que el proceso licitatorio para contratar la obra no se había formalizado y en cuanto al **principio de responsabilidad**, que su violación surgió como consecuencia de haber adelantado el proceso de contratación, a pesar de saber que su objeto contractual no podría cumplirse.

<sup>7</sup> Folios 66 – 94 expediente principal.



En ese sentido, no se desprende del contenido del acto acusado que se hubiere aplicado de forma indebida el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, pues la Procuraduría en este caso dio cumplimiento a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C- 818 de 2005, en cuanto a complementar la señalada norma, mediante la integración jurídica de su contenido normativo, y utilizó para ello otras normas de rango legal, como fueron los artículos 25 numerales 7 y 12, y 26 de la Ley 80 de 1993 que establecen las actividades que se espera desarrollen las partes intervinientes en un contrato estatal en cumplimiento de los principios de economía y responsabilidad, de manera que, pudo concretar y tipificar las conductas que se consideraron prohibidas para el funcionario público en materia disciplinaria.

Por lo tanto, concluye el Despacho que no le asiste razón al demandante en lo referente a la violación de los principios de legalidad y tipicidad en materia disciplinaria, pues como se explicó, ello no se colige de la sola confrontación del contenido del acto acusado con las normas invocados, y un análisis más profundo, que conlleve al Tribunal a determinar cuál debe ser la adecuada interpretación del artículo 32 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, en cuanto al momento en que se debe contratar la interventoría en virtud de un contrato de obra, sin duda corresponde a un estudio hermenéutico que resulta totalmente ajeno a esta etapa procesal temprana, para lo cual deberá aguardarse a que se surtan la totalidad de las mismas y se realice el ejercicio probatorio correspondiente, de modo que en la sentencia sí pueda el Tribunal definir el asunto es cuestión.

Otro de los motivos de reproche contra los actos demandados, lo hace consistir el demandante en que en el acto que resolvió el recurso de apelación no se respondió cada uno de los argumentos propuestos en la impugnación y se incluyeron nuevas imputaciones. Al respecto, observa el Despacho luego de revisar el contenido del fallo disciplinario de segunda instancia de fecha 15 de mayo de 2015<sup>8</sup>, que en este se hizo un resumen de los fundamentos del recurso de apelación que consistieron en síntesis en (i) violación al principio de legalidad: falsa motivación por desconocimiento de la naturaleza jurídica del contrato de interventoría y (ii) falsa motivación por indebida interpretación del artículo 32 No. 1 parágrafo 2 de la Ley 80 de 1993. Violación al principio de tipicidad. Frente a lo anteriores motivos de inconformidad, la Procuraduría Regional de Bolívar hizo pronunciamiento expreso, ya que, consideró que "la Provincial de Cartagena actuó en estricta sujeción al principio de legalidad, y en rigor a la adecuación típica de la conducta del ingeniero Flórez Garizabal, o que le permitió interpretar coherentemente y sistemáticamente, la trasgresión de los principios que rigen la contratación estatal"; determinó que la Provincial desarrolló conceptualmente los principios fundantes de la contratación estatal, como los de economía, responsabilidad y eficacia. Explicó que: "todas las normas de contratación estatal se contraen o subyacen en los principios que prevé la ley 80 de 1993", por lo que consideró que el reproche de la provincial fue adecuado; y que si bien el artículo 1498 del Código Civil es la fuente legal

<sup>8</sup> Folios 95 – 120 cuaderno principal.





13001-23-33-000-2015-00708-00

de la contratación estatal en Colombia, no es el único criterio interpretativo de las reglas contractuales, toda vez que, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 tiene un alcance mucho más prolífico en cuanto a su naturaleza de orden público establecido en los principios que efectivamente fueron quebrantados por el demandante.

Concluyó la Procuraduría de segunda instancia que, la violación a los principios de contratación estatal que consagra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 se vieron gravísimamente conculcados o trasgredidos, lo que en su criterio hace justa, exacta y correcta la medida de adecuación típica de la provincial.

En ese orden, contrario a lo afirmado en la solicitud de medida cautelar, no se evidencia que en el fallo disciplinario de segunda instancia se hubiera omitido resolver los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por el contrario, de la lectura del acto se observa que se tuvieron en cuenta y se desvirtuaron los mismos con los argumentos ya sintetizados. Tampoco encuentra el Tribunal que se hayan incluido imputaciones distintas a las señaladas por la Procuraduría Provincial, en ese sentido, no surge del análisis realizado vulneración alguna a los derechos al debido proceso y derecho de defensa del actor, en el curso de la segunda instancia del proceso disciplinario adelantado en su contra.

En cuanto a la alegada inexistencia de ilicitud sustancial, debe precisarse que según lo dispuesto en el artículo 5 del Código Disciplinario Único "la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna". Revisado el acto acusado, se encuentra que en él se explica que la afectación al deber funcional del disciplinado consistió en que éste en calidad de Secretario de Infraestructura de Cartagena tenía facultad para contratar que le fue delegada mediante Decreto 1431 de 2009 y según el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Alcaldía Distrital de Cartagena, tenía entre otras funciones la de "estudiar y coordinar con el secretario respectivo, sobre la conveniencia y necesidad de la obra, previo concepto del Secretario de Hacienda"; en ese sentido, le asistía el deber funcional de adelantar la etapa pre y contractual del proceso de contratación de la interventoría, y como tal, era el responsable de que dicha actividad se desplegara acorde con la ley.

Hecha la comparación anterior, no observa el Despacho una violación a la referida norma, toda vez que, la autoridad disciplinaria sí hizo la necesaria explicación de por qué se entendía que se afectó el deber funcional y en consecuencia, motivó el requisito de la ilicitud sustancial acorde con lo exigido por la ley.

Finalmente, en cuanto a la alegada falta de motivación de la culpa gravísima endilgada al demandante, una lectura del contenido del fallo disciplinario de primera instancia permite concluir que sí se explicó por qué se presentaba esa modalidad de la culpa, pues se señaló que el demandante "vulneró lo estipulado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 y numeral 1 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, la Resolución 2712 de 2010 –



13001-23-33-000-2015-00708-00

Manual de Contratación; preceptos normativos que le imponían al Secretario de Infraestructura del Distrito de Cartagena el deber de cumplir los requisitos exigidos en la ley, es decir, analizar en forma seria la necesidad, la conveniencia y oportunidad del objeto a contratar, antes de la celebración del contrato", es decir, hubo una violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento en materia contractual. Por lo tanto, no se evidencia en esta etapa procesal la alegada vulneración de los artículos 13 y el parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único.

Se concluye entonces que, del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud no se colige necesariamente que se presenten los requisitos exigidos en el artículo 231 del CPACA, para decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, dado que, del análisis comparativo entre el contenido de los fallos disciplinarios y las normas que se invocan como violadas, no surge tal violación hasta esta etapa procesal, por lo que no hay lugar a decretar la medida solicitada.

En todo caso, se reitera que la presente decisión no constituye un prejuzgamiento en los términos de lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA.

En virtud de lo anterior, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**,

#### RESUELVE

**PRIMERO: DENEGAR** la solicitud de medida cautelar presentada por la parte actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Se reconoce personería para actuar al abogado ÁLVARO ANDRÉS TORRES ANDRADE, como apoderado de la parte demandada de conformidad con el poder obrante a folio 1558 del expediente principal y con las facultades allí otorgadas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, pásese de manera urgente el expediente principal al Despacho para continuar con el trámite.

**CUARTO:** Por intermedio de la Auxiliar Judicial, háganse las anotaciones correspondientes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

#### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**  
Magistrada