



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Magistrada sustanciadora: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

Santa Marta, veintinueve (29) de Noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 47-001-2333-003-2015-00029-00
Demandante: SANDRA RUBIANO LAYTON
Demandado: CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE MAGDALENA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: MEDIDA CAUTELAR

Procede el Despacho a decidir la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados presentada por el accionante, teniendo en cuenta que el término de traslado concedido al demandado se encuentra vencido.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

"PRIMERO: El 17 de marzo de 2014, la Contraloría Auxiliar para la Investigaciones (Contraloría General del Departamento del Magdalena) resolvió la investigación fiscal No. 310, declarando responsable fiscal a la doctora SANDRA RUBIANO LAYTON, en su calidad de Gobernadora Encargada en el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2007 y el 25 de junio de 2007 y a otras personas, por un detrimento patrimonial estimado en la suma de TRES MIL TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$3.031.560.771), derivado de la suscripción del contrato No. 081 de 2007, el cual tenía por objeto la construcción del Parque Taykú en la ciudad de Santa Marta y que no se logró ejecutar en razón a varios inconvenientes presentados con el mismo durante su ejecución.

SEGUNDO: El fallo de responsabilidad fiscal antes enunciado, se fundamentó en que la doctora SANDRA RUBIANO LAYTON, en su condición de Gobernadora Encargada del Magdalena para el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2007 y el 25 de junio de 2007, y en relación con el contrato No. 081 de 2007, ejerció una gestión fiscal antieconómica, ineficaz e ineficiente, en razón a que como ordenadora del gasto del Ente Territorial, omitió su deber de vigilancia y control, al suscribir el mentado contrato y ordenar su ejecución sin el lleno de los requisitos exigidos para ello, pues el proyecto no contaba con su respectiva licencia de construcción.

TERCERO: En relación con los fundamentos antes expuestos, a primera vista resulta claro que, los mismos se erigen como una justificación adecuada para sustentar la imposición de una sanción derivada de una responsabilidad fiscal, sin embargo, si se revisa en detalle la situación en comento -tal como lo debía haber hecho el ente acusador-, resulta evidente que la situación fáctica en la que se encontraba la señora Sandra Rubiano al momento de los hechos objeto de investigación debe ser valorada de manera independiente y con sumo detalle, pues mi poderdante únicamente ejerció el cargo de Gobernadora del Magdalena por el lapso de tres (3) meses y medio aproximadamente, tiempo para el cual, ya se habían

surtido todas las etapas pre contractuales, respectivas, del contrato No. 081 de 2007, tales como los estudios previos, la convocatoria al proceso de selección -licitación pública-, entre otras, hasta el punto de que para la época de la posesión de mi poderdante, ya existía acto administrativo de adjudicación en firme de la licitación pública, razón por la cual, mi poderdante no tenía otra opción distinta a suscribir el contrato objeto de investigación so pena de violar la ley y de comprometer seriamente el patrimonio público departamental.

CUARTO: El fallo de responsabilidad fiscal antes enunciado, respecto de mi poderdante fue fundamentado aparentemente en razón a un actuar gravemente culposos, sin que en dicho acto administrativo se estableciera concretamente las funciones que tenía a cargo la señora Sandra Rubiano, en su calidad de gobernadora encargada, por lo que tampoco se señaló cuáles de esas atribuciones fueron omitidas por mi poderdante, como tampoco se realizó el análisis jurídico y fáctico correspondiente que permitiera determinar, en caso de que existiera omisión alguna, si ésta fue la causa directa para el detrimento fiscal imputado; siendo de esta forma evidente que el mentado ente investigador al momento de proferir el fallo de responsabilidad fiscal de fecha 17 de marzo de 2014, omitió dar cumplimiento a las normas, principios y derechos consagrados en la ley 610 de 2000, específicamente el artículo 53, en el que se estipulan cuáles son los presupuestos fácticos y jurídicos que se deben determinar y especificar en el fallo de responsabilidad fiscal.

QUINTO: Aunado a lo anterior, el 19 de junio de 2004, la Contraloría General del Departamento del Magdalena proferió fallo de segunda instancia en el proceso de responsabilidad fiscal No. 310, mediante el cual se confirmó integralmente la decisión adoptada en primera instancia, continuándose de este modo con la vulneración de los derechos, principios y normas consagrados en la ley 610 de 2000.

SEXTO: Así pues, es claro que los entes investigadores de primera y segunda instancia, realizaron un juicio de reproche a la doctora SANDRA RUBIANO LAYTON, en su calidad de Gobernadora Encargada para el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2007 y el 25 de junio de 2007, señalando que en su condición de Representante Legal de la entidad territorial, debió garantizar la planeación del proyecto y la suficiencia de los estudios previos, a efectos de que se garantizara el éxito en el desarrollo del mismo, sin que en ningún momento se tuviera en cuenta que la señora Sandra Rubiano no ostentaba el cargo de Gobernadora durante el periodo pre contractual, ni siquiera durante el proceso de selección del contrato No. 081 de 2007, razón por la cual, mi poderdante no tenía la obligación de vigilar y controlar todos los trámites y requisitos previos del contrato, toda vez que cuando ella asumió el cargo de Gobernadora ya existía acto administrativo de adjudicación."

1.2. Fundamento de la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados como medida cautelar:

La relación fáctica antes expuesta, de manera indefectible refleja que con la expedición de los fallos de primera y segunda instancia proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 310, se le violó a mi poderdante su derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el acto administrativo, por medio del cual, se declaró la responsabilidad fiscal de la Señora Sandra Rubiano, fue expedido sin el cumplimiento de los requisitos consagrados para ello en el artículo 53 de la ley 610 de 2000, lo cual, en relación con el medio de control acá incoado, significa que tanto la Contraloría Auxiliar para Investigaciones como la Contraloría General del Departamento del Magdalena, incurrieron en dos de las causales de nulidad contempladas en el inciso segundo del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estas son, la expedición de un acto administrativo con violación de las normas en las que debía fundarse y con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa de mi poderdante.

La última causal, se encuentra sustentada en el hecho de que si bien los entes investigadores permitieron que mi defendida actuara dentro del proceso y expusiera sus argumentos de defensa, estos nunca fueron tenidos en cuenta por dichas entidades al momento de realizar el análisis jurídico pertinente, realizándole un juicio de reproche que traspasó al ámbito de acción y responsabilidad que ostentaba la señora Sandra Rubiano en su calidad de Gobernadora Encargada, pues cuando ella asumió dicho cargo, toda la etapa de planeación del referido contrato ya se había culminado, encontrándose en firme el acto de adjudicación del mismo, etapas que fueron realizadas por los funcionarios competentes y responsables para ello, sin que mi poderdante tuviese injerencia alguna en dichas decisiones, ya que primero, para el momento de la realización de dichas etapas pre contractuales, ella se encontraba ejerciendo el cargo de Secretaria del Interior y de Bienestar Social del Departamento del Magdalena, el cual no tenía dentro de sus funciones la realización, control o vigilancia de la contratación de la entidad, y segundo, cuando fue nombrada por encargo como Gobernadora del Departamento, ya se encontraba en firme el acto de adjudicación del contrato, lo cual restringió sus posibilidades de ejecución, toda vez que como se explicó en la reforma de la demanda, dicha funcionaria sólo podía suscribir el contrato, si se tiene en cuenta que el acto administrativo de adjudicación, no ostentaba ningún vicio que permitiera su revocatoria.

De lo anterior, resulta válido concluir que la doctora RUBIANO LAYTON, en razón del cumplimiento del respectivo cronograma del proceso licitatorio en curso, le correspondió circunstancialmente, esto es, por haber sido encargada de la Gobernación del Magdalena, la firma e inicio del señalado contrato, lo cual, se erigió como su única relación funcional con el mentado contrato y su proceso de selección, puesto que funcionalmente la señora Sandra Rubiano, en su calidad de Secretaria del Interior y de Bienestar Social -cargo que ocupaba antes de ser encargada como Gobernadora del Departamento-, no tuvo interacción alguna ni ningún tipo de competencia directa en relación con las etapas precontractuales del proyecto "Parque Taykú", por lo que, ella no ejerció ninguna injerencia ni ostentaba responsabilidad alguna en la realización de los estudios previos ni en la elaboración de los respectivos diseños de la obra, labores que claramente se encontraban por fuera de su órbita funcional.

Es claro que las presuntas irregularidades aducidas por los entes Investigadores, para fundamentar el detrimento patrimonial señalado, tenían una estricta relación con una planeación indebida del proyecto "Parque Taykú", ejecutado mediante el contrato No. 081 de 2007, con lo que se evidencia claramente que dichas anormalidades no podían ser imputadas a la Señora SANDRA RUBIANO LAYTON, en la medida en que ella no tuvo a su cargo o bajo su responsabilidad, la estructuración y concepción del mismo, no fungió como una autoridad o instancia de planeación conforme con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 152 de 1994, pues para el momento de dicha etapa contractual, ella se encontraba ejerciendo su cargo de Secretaria del Interior y de Bienestar Social, situación que fue flagrantemente desconocida por los entes acá demandados, violándole ciertamente el derecho de defensa y debido proceso a mi prohijada.

Aunado a lo anterior, resulta claro que, si bien, el ente de control en alguno de los apartes de sus actos administrativos de decisión - fallo de primera y segunda instancia-, da a entender que el actuar de la Señora Sandra Rubiano fue gravemente culposos, no concretó ni individualizó

debidamente la conducta que es objeto de reproche, pues en ningún momento, suscribió dicha conducta al marco funcional que ésta desempeñaba mientras se surtió la etapa de planeación - como lo exige la normatividad consagrada en la ley 610 de 2000-, pues si así lo hubiese hecho habría llegado a la inequívoca conclusión de que la planeación o estructuración del proyecto no era responsabilidad de la doctora RUBIANO LAYTON y que cuando ésta asumió las funciones como Gobernadora Encargada dicha etapa ya se había surtido y por tanto, los reproches originados por el agotamiento de esa fase previa al inicio de la actividad precontractual, no le serían imputables.

En igual sentido, se tiene que con los medios probatorios obrantes en el proceso de responsabilidad fiscal, los entes investigadores no contaban con la evidencia suficiente para demostrar el segundo elemento constitutivo de la responsabilidad fiscal, esto es la relación causal entre el presunto daño patrimonial y la "Gestión Fiscal" desplegada por la doctora RUBIANO LAYTON, pues como se ha venido reiterando, es claro que la acción que desarrollo mi poderdante, esto es la suscripción del contrato y la orden de inicio del mismo, no fue la causa directa que desencadenó el detrimento patrimonial imputado, más si se tiene en cuenta que en el desarrollo o en la órbita de los deberes funcionales la doctora RUBIANO LAYTON, como Secretaria del Interior y de Bienestar Social -conforme el material probatorio allegado al expediente, no se encontraba la planeación del proyecto y por lo tanto, no generó con su conducta daño patrimonial.

Lo anterior, trae como consecuencia que no se cumpla con dos de los elementos que configuran la responsabilidad fiscal, esto es, el señalamiento de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y una relación causal directa entre dicha conducta y el daño patrimonial generado, pues mal podrían imputársele a la doctora RUBIANO LAYTON decisiones o responsabilidades que correspondían a otros funcionarios y que se encontraba en imposibilidad jurídica y material de asumir cuando fue encargada de representar a la Entidad Territorial, lo que trae como consecuencia que tanto la Contraloría Auxiliar para la Investigaciones, como la Contraloría General del Departamento del Magdalena, con la expedición de los actos demandados infringieran las normas en las que debían fundamentar sus decisiones, esto es la ley 610 del año 2000.

Corolario de todo lo anterior, es claro que existen razones suficientes para que su honorable Despacho atienda favorablemente las súplicas incoadas con el presente escrito, toda vez que tal como lo señala el artículo 231 del CPACA, con lo antes expuesto queda claro que los actos administrativos demandados por el medio de control de la referencia, violaron flagrantemente los derechos fundamentales de defensa y debido proceso de mi prohijada y además, con su expedición se infringió la norma en que debían fundamentarse, vulneraciones que se encuentran catalogadas como causales de nulidad de los actos administrativos y que por tanto, dan lugar a que se decrete la medida cautelar, consistente en la suspensión provisional de los efectos derivados de los actos administrativos de fecha 17 de Marzo y 19 de junio del 2014, proferidos por la Contraloría Auxiliar para Investigaciones y la Contraloría General del Departamento del Magdalena, respectivamente, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 310.

De igual forma, resulta válido poner de presente a su Despacho que los actos antes mentados, le han ocasionado graves perjuicios a la Doctora SANDRA RUBIANO, ya que, ella no ha podido ejercer su profesión como

Magister en economía desde el mes de marzo de 2014, causándole como consecuencia graves disminuciones a sus finanzas personales, el incumplimiento de sus obligaciones financieras, sobrecostos, además de la pérdida de contratos con el sector privado y público, quedando de este modo inhabilitada para ejercer libremente su profesión, situaciones que han perjudicado no sólo las condiciones de calidad de vida de ella sino de todo su grupo familiar.

Con fundamento en la situación fáctica antes expuesta y los fundamentos de derecho invocados, me permito solicitar muy comedidamente a su Despacho, lo siguiente:

PRIMERO: Que se ordene como medida cautelar dentro del proceso de la referencia, la suspensión provisional de los efectos derivados de los actos administrativos de fechas 17 de Marzo y 19 de junio del 2014, proferidos por la Contraloría Auxiliar para Investigaciones y la Contraloría General del Departamento del Magdalena, respectivamente, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 310, mediante los cuales se declaró la responsabilidad fiscal de mi prohijada entre otras personas, por el detrimento patrimonial causado con la ejecución del proyecto " Parque Taykú", de la ciudad de Santa Marta, en la suma de TRES MIL TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$3.031.560.771)."

1.3. Posición de la Contraloría General del Departamento del Magdalena

La Contraloría General del Departamento del Magdalena por medio de escrito presentó los argumentos por los cuales no se encuentra de acuerdo que proceda la medida cautelar solicitada por el actor, así:

"La Contraloría General del Departamento del Magdalena, ratifica la decisión adoptada dentro del Fallo de Responsabilidad Fiscal, seguido por la parte accionante, el cual cumplió todas las etapas procesales previstas en la Ley y que se encuentra actualmente ejecutoriado en las distintas instancias administrativas de este ente de control.

En lo referente a la medida cautelar deprecada por la demandante, consideramos que la agencia judicial es la que tiene la competencia para determinar la misma, en el entendido si hubo o no vulneración del acto demandado a alguna norma superior, conforme a las reglas de la sana crítica, valoración de pruebas y apego a las normas sustanciales y procedimentales previstas en el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia sobre la materia, emanada del Honorable Consejo de Estado y fallos ya proferidos por el honorable Tribunal Administrativo del Magdalena."

II. TRAMITE

Surtido en debida forma el traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional (fls 16-17), en los términos del inciso 2º del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

El día dos (2) de octubre de 2016, se surtió el traslado de la solicitud de la Medida Cautelar de suspensión provisional, se le notificó vía correo electrónico al demandando¹, contando con cinco (5) días para pronunciarse sobre la medida cautelar, el seis (6) de octubre de 2016, presentó escrito oponiéndose a la prosperidad de la medida solicitada por el accionante.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. Competencia.

Este Despacho es competente para decidir la petición de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados, en virtud de lo dispuesto en los artículos 125 y 233 de la Ley 1437 de 2011.

3.2. Marco normativo y jurisprudencial

La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de actos administrativos reviste la particularidad de ser una garantía judicial de índole constitucional y legal, contemplada bajo el principio democrático por el legislador, por ser un medio idóneo, necesario y proporcional para aminorar u prevenir la materialización de posibles daños a bienes jurídicos producto de la ejecución de decisiones proferidas por las autoridades y con el fin de garantizar a las partes la ejecución eficaz de las sentencias.

El primer inciso del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo indica “ *que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda y en cualquier estado del proceso, a petición de parte, podrá el juez o magistrado ponente decretar las medidas cautelares que considere pertinentes para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”, y al haber solicitud expresa de una de las partes, le nace por consiguiente, la facultad al juez de instancia de someter la respectiva solicitud a estudio a fin de decidir con base y en correcto lineamiento de la Ley, si procede o no la correspondiente medida cautelar.

Igualmente el artículo 238 de nuestra Carta Magna, confiere la facultad constitucional a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de suspender provisionalmente los actos administrativos que conozcan mediante procesos judiciales por los motivos que se consagren en la Ley, así:

“ARTICULO 238. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que*

¹ Folios 16-17 del cuadérno de Medida Cautelar.

establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial."

Es pertinente aclarar, que si bien el Constituyente no hizo referencia alguna acerca de si se trataba de un poder inherente al juez que podía activar de oficio, o si acaso se trataba de una facultad de las partes que podían solicitar ante el juez, o si por el contrario, de forma conjunta, revestía ambas características siendo posible ejercerse de las dos formas, frente a ello, el legislador se encargó de limitar el ejercicio de dicha garantía judicial y disponer esa facultad a solicitud de parte cuando se trata de procesos judiciales declarativos, estipulando solo la única excepción, cuando se trata de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, dispuesta en el parágrafo del artículo 229 del CPACA², ya que en ese único evento además de poder ser solicitadas por las partes, también el juez las podrá decretar de oficio.

La Corte Constitucional se ha pronunciado frente al objeto de las medidas cautelares mediante Sentencia C- 374 de 2004 y ha considerado lo siguiente:

*"Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento **protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso.** De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, **con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.** Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido." (Negrilla fuera de texto)*

En similar sentido, el legislador ha definido el contenido y alcance de las medidas cautelares, precisando su objeto como garantías de índole preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y reiterando la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, tal y como se podrá denotar en el artículo 230 del CPACA, visto a continuación:

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para*

² Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

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

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284 de 2014

el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

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

Seguidamente, el artículo 231 del CPACA, señala los requisitos a tener en cuenta por parte del Juez o Magistrado ponente para decretar las medidas cautelares, señalando lo siguiente:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

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

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

Lógrese observar, como el legislador establece distintos parámetros según la medida cautelar solicitada por las partes y sometida a estudio por el intérprete judicial, ya que si se

trata de la suspensión provisional de un acto administrativo consecuentemente se debe dilucidar solamente una cosa, y es que el acto administrativo se encuentre en flagrante violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado. Para evidenciar lo anterior, dicha violación puede surgir de las siguientes formas:

- a) Cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o,
- b) Cuando la violación surja del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En cambio, con distintos parámetros, en los demás casos señalados en el artículo 230 *ibídem*³, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

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

Referente a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y de las exigencias para su prosperidad, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente⁴:

“La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, según las voces del artículo 229 del C.P.A.C.A. exige “petición de parte debidamente sustentada”, y acorde con el 231 *ibídem*, 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

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

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, 24 de enero de 2013.

del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

La nueva norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. 2º) 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, surge⁵, 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.

De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine qua non que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. **Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.**

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º Inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A., en cuanto ordena que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

El artículo 29 de la Constitución Política señala el Derecho al Debido Proceso, de la siguiente manera:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

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

⁵ Según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

su contra; a impugnarla sentencia condenatoria, y a ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

Referente al Derecho del Debido Proceso el Consejo de Estado se ha pronunciado, así:

"El derecho al debido proceso es de rango constitucional, porque se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución, este derecho involucra, el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación; por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación; el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.⁶

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el Derecho del debido proceso cuando es alegado como fundamento de una Medida Cautelar, así:

"Debe recordar el actor que el derecho al debido proceso no es simplemente hacer una comparación entre lo que dice la norma la manera en que la administración la aplica, pues al ser un derecho fundamental debe irrigar de manera más amplia el trámite administrativo y así lo entendió el Ministerio, máxime cuando la actuación administrativa retrotraída no había resultado positivo para el actor".⁷

El Despacho acoge los criterios expuestos en el marco normativo y jurisprudencial referido y lo aplicará al estudiar el caso concreto.

3.3 Material Probatorio.

- Fallo de Responsabilidad Fiscal de 17 de marzo de 2014 dentro del proceso bajo radicado 310, que resolvió fallar con Responsabilidad Fiscal en cuantía de tres mil treinta y un millones quinientos sesenta y un pesos con noventa y ocho centavos (3.031.560.771,98), en contra de la señora Sandra Rubiano Layton y otros (Folios 157 a 182 del cuaderno principal)

⁶ Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, MP. Guillermo Vargas Ayala, Rad: 11001-03-24-000-2015-00369-00, Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

⁷ Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, MP. Guillermo Vargas Ayala, Rad: 11001-03-24-000-2015-00369-00, Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

- Auto que resuelve el recurso de Reposición de 13 de junio de 2014, que resolvió confirmar en todas sus partes el Fallo de Responsabilidad Fiscal de 17 de marzo de 2014 dentro del proceso bajo radicado 310. (Folios 1598 a 1618 del cuaderno 4º)
- Auto que resuelve recurso de Apelación 19 de junio de 2014, confirmando la decisión adoptada en el fallo inicial. (Folios 1623 a 1654 del cuaderno 4º)
- Constancia de ejecutoria expedida el 27 de junio de 2014 por la por la Profesional Universitaria de la Contraloría Auxiliar para las Investigaciones, Ítala Granados Candanoza. (Folio 1673 del cuaderno 4º)

IV. CASO CONCRETO

En el presente asunto al confrontar los actos administrativos demandados con las normas que se citan como violadas no se evidencian méritos para proceder a decretar la medida de cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Fallo de Responsabilidad Fiscal de 17 de marzo de 2014, Auto mediante el cual se resolvió recurso de Reposición de 19 de junio de 2014 y Auto de apelación confirmando fallo de responsabilidad Fiscal, por las razones que se esbozan a continuación.

4.1 Del Derecho al Debido Proceso

La señora Sandra Rubiano Jiménez sostuvo que se vulneró el debido proceso, sin embargo, este derecho fundamental, tiene un contenido sustancial, por ende implica un análisis de fondo, como lo ha señalado el Consejo de Estado respecto a la suspensión provisional de actos de carácter Disciplinario, así:

“La parte demandante sostuvo que se vulneró el debido proceso, no obstante, el debido proceso como, derecho fundamental, tiene un contenido sustancial y no puede ser utilizado de manera vacía, sólo porque una decisión judicial es contraria a un interés en concreto.

Así mismo, la norma invocada como violada, consagrada en el Artículo 29 de la Constitución Política, involucra los principios de legalidad, competencia, publicidad, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación, en el ejercicio de la función pública, además de las nociones de proceso de responsabilidad fiscal, daño patrimonial al Estado y procedimiento fiscal, entre otros aspectos, lo que implica un análisis más amplio y no una simple

comparación entre lo que señala la norma y la manera en que la administración la aplica. Así mismo el Consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

"Debe recordar el actor que el derecho al debido proceso no es simplemente hacer una comparación entre lo que dice la norma la manera en que la administración la aplica, pues al ser un derecho fundamental debe irrigar de manera más amplia el trámite administrativo y así lo entendió el Ministerio, máxime cuando la actuación administrativa retrotraída no había resultado positivo para el actor."⁸
(Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Para decretar la medida cautelar, no sólo debe encontrar una manifiesta infracción, pues es obligación del juez, realizar un análisis entre el acto y las normas invocadas como quebrantadas, es decir, el estudio no puede ser superficial.

Por esto, es necesario agotar las demás etapas del proceso a fin de resolver de manera clara y de fondo los problemas jurídicos que surjan de la fijación del litigio, así como de la valoración de las pruebas que se llegaren a decretar, de manera que se permita establecer si los actos enjuiciados trasgreden las normas constitucionales y legales; se reitera que, con la presente motivación, no se está dotando de legalidad los actos acusados, solamente que es necesario resolver de fondo lo que se tiene hasta el momento, por lo cual, no cumple los requisitos necesarios para ordenar la suspensión provisional.

Así las cosas, advierte el Despacho que resulta imposible en esta etapa procesal determinar si efectivamente se ha vulnerado el ordenamiento jurídico superior, pues se reitera, del simple análisis de confrontación de los actos demandados con las disposiciones invocadas como violadas, y de las pruebas allegadas con la demanda, no se advierte que surja la alegada vulneración, ya que se requiere no sólo verificar las disposiciones jurídicas invocadas sino todas aquellas que guarden relación con el asunto de la demanda, es decir, se requiere hacer un estudio de fondo para solucionar la controversia suscitada, entonces decretar la medida cautelar en esta etapa procesal conllevaría, en los términos del Consejo de Estado, a tomar partido definitivo en el juzgamiento de los actos, sin permitirle a la demandada ejercer su derecho de defensa y considerar sus argumentos, previa valoración de las pruebas que pueda aportar o solicitar.

Luego, al no darse los presupuestos legales para acceder a la medida cautelar, resulta imperioso negar la suspensión provisional solicitada.

⁸ Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, MP. Guillermo Vargas Ayala, Rad: 11001-03-24-000-2015-00369-00, Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

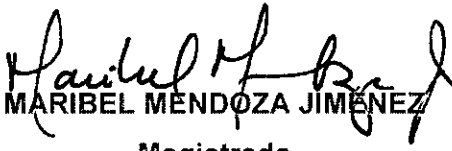
PRIMERO.- Negar la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Fallo de Responsabilidad Fiscal de 17 marzo de 2014, Auto de 13 de junio de 2014 que resolvió recurso de reposición y Auto de 19 de junio de 2014 que resolvió recurso de Apelación, por los motivos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO.- Notificar la presente providencia por estado electrónico, como lo indica el artículo 201 del C.P.A.C.A., mediante publicación virtual del mismo en la página web de la Rama Judicial.

TERCERO.- Por Secretaría, suscribase la certificación contenida en el inciso 3o del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO.- De la presente decisión, déjese constancia en el Sistema Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada