



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA**  
**Magistrada sustanciadora: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ**

Santa Marta D.T.C.H., treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación:** 47-001-2333-003-2015-00021-00  
**Demandante:** OMAR DIAZ GRANADOS VELÁSQUEZ  
**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. Fundamento de la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados como medida cautelar.**

**OMAR DÍAZ GRANADOS VELEASQUEZ** a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad simple instituido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó lo siguiente:

*"1. Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 17 de marzo del año 2014, por medio del cual se dicta un fallo de responsabilidad fiscal en el expediente No. 310 tramitado ante la Contraloría General del Departamento del Magdalena,*

*2. Que como la decisión de fallo de responsabilidad fiscal fue controvertido por los recursos de ley que también se declare la nulidad de los actos posteriores que resuelven la reposición y apelación (Auto de fecha 13 de junio de 2014 y Auto de fecha 19 de junio de 2014 respectivamente)*

*3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se decrete el archivo del expediente y en caso de que se hubiese iniciado el proceso de jurisdicción coactiva respectiva que también se dé por terminado.*

*4. Que se elimine a mi poderdante de la base de datos que informa el boletín de responsabilidad fiscal y del grupo SIRI de la Procuraduría General de la Nación.*

*5. Que como consecuencia de lo anterior se ordene el restablecimiento del derecho al señor OMAR DIAZ GRANADOS VELASQUEZ y como consecuencia de ello se ordene:*

*6. Que sobre dichos perjuicios, que pague sobre las sumas que resultare condenada, según la petición anterior, en favor del actor o a quien represente sus derechos, los índices de devaluación monetaria registrados por el Banco de la República y/o el Departamento Administrativo de Estadística – Dane, durante el curso del proceso y hasta cuando se verifique el pago a título de indemnización monetaria de conformidad con lo previsto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.*

*7. Que se condene al pago de los intereses moratorios en caso de que no se dé cumplimiento al fallo dentro del término legal, hasta el momento de su pago, lo anterior de conformidad con el fallo C-188 de 1999 de la Corte Constitucional.*

*8. Que se condene al demandando a reconocer y pagar las agencias en derecho que genere esta actuación.*

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Díazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

9. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

El accionante solicitó como medida cautelar:

“Que previo traslado a la Contraloría General del Departamento del Magdalena, y con arreglo a las normas y trámites establecidos en los artículos 229 y 230 del Código Administrativo y Contencioso Administrativo, se sirva decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos – Fallo con responsabilidad Fiscal de fecha 17 de marzo de 2014 (Cuaderno No. 7 Folios 1270 a 1297) y Auto de fecha 13 de junio de 2014, por medio del cual se resuelve el recurso de reposición, confirmando el Fallo con Responsabilidad Fiscal de fecha 17 de marzo de 2014, firmado por el Contralor Auxiliar para las Investigaciones, Luis Rincón García y Auto de fecha 19 de junio de 2014 por medio del cual se resuelve el recurso de apelación confirmando el Fallo con Responsabilidad Fiscal de fecha 17 de marzo de 2014 firmado por el señor Controlador del Departamento del Magdalena, Alejandro Pérez Prada, ejecutoriado mediante constancia de ejecutoria de fecha 25 de junio de 2014”

**Manifestó que se vulneraron los derechos al debido proceso, derecho de defensa y principio de legalidad, con base en las consideraciones que a continuación se transcriben:**

“Expuestos los hechos que fundamentan esta solicitud y concretando el asunto frente a la violación al debido proceso, derecho a la defensa, al principio de legalidad, advertimos que dentro del proceso de responsabilidad fiscal 310 de 2009, se profirió fallo con responsabilidad fiscal de fecha 17 de marzo de 2014 frente al cual se presentó recurso de reposición y subsidio apelación, y una vez resuelto el recurso de reposición, mediante auto de fecha 13 de junio de 2014, notificado por estado el día 17 de junio del mismo año, mi cliente presentó solicitud de adición al fallo por cuanto consideró que el Auto no se había pronunciado sobre algunos aspectos del recurso presentado, sin embargo al presentar la solicitud de adición se advirtió que el Controlador Auxiliar para las Investigaciones el día 18 de junio de 2015 ya había enviado el expediente al despacho del Controlador General del Departamento del Magdalena para que este resolviera el recurso de apelación, el cual efectivamente resolvió mediante auto de fecha 19 de junio 2015, notificado el 24 de junio de 2015, esto sin tener en cuenta que el auto que resolvió el recurso de reposición aún no se encontraba ejecutoriado.

No obstante, con fecha 9 de julio de 2009, el Contralor Auxiliar para las investigaciones resuelve el “recurso” de adición, declarándolo extemporáneo argumentando que el auto que resolvió el recurso se encontraba en firme, según lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 y la Ley 1437 de 2011, entendiéndose que la firmeza del auto aplicaba desde el día siguiente a la notificación del mismo, es decir 18 de junio de 2014, y al ser una decisión que no admitía recurso alguno, citando la normatividad del Código Administrativo y Contencioso Administrativo (Sic) sobre la firmezas de los actos administrativos y no de la Ley 610 de 2000, en su artículo 56.

Adentrándonos al fondo del asunto, es inminente exponer si la solicitud de adición fue interpuesta dentro del término legal, teniendo en cuenta que nuestra solicitud está enfocada en que la Contraloría Auxiliar para las investigaciones no respetó el término de cinco (5) días hábiles que teníamos para presentar la misma, en contraposición a la posición del ente de control que afirma que el auto se encontraba en firme al día siguiente de haberse notificado por estado. Para ello se realizara la presentación de las normas que reglamentan la materia, contenidas en la Ley 610 de 2000 y el código de procedimiento civil, con el objeto de realizar un análisis de las mismas:

#### **CONSTITUCION POLITICA.**

Artículo 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. (...). (Subrayado e nuestro)

#### **CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.**

“Artículo 311. Adición. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquier de los extremos de la Litis, o de cualquier punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término”

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Diazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

#### LEY 610 DE 2000

*"Artículo 56. Ejecutoriedad de las providencias. Las providencias quedarán ejecutoriadas: 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso. 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos. 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido".*

*"Artículo 66. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicaran, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal".*

*Mi cliente al presentar la solicitud de adición se encontraba legalmente habilitado para ello, pues si bien es cierto este tipo de petición no se encuentra regulado en la ley 610 2000, ni en la ley 1437 de 2011, por remisión normativa del artículo 66 de la ley 610 de 2000, contaba con la adición establecida en el CPC, en consecuencia mi cliente contaba con el término de ejecutoria para su presentación, que para el caso como se está demostrado es la contenida en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, es decir de cinco (5) días, norma desconocida por el ente de control.*

*Por lo anterior, el Controlador Auxiliar, no debió acudir a las normas de la Ley 1437 de 2011 para determinar la ejecutoria de los autos, sino que tenía que observar las normas propias especiales del proceso de responsabilidad fiscal, en especial para el asunto que nos interesa, el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, norma especial sobre ejecutoria de los actos proferidos dentro de los procesos de responsabilidad fiscal.*

*El funcionario de primera instancia olvidó, que la solicitud de adición procede dentro del término de ejecutoria y que para el caso de los procesos de responsabilidad fiscal hay un término de ejecutoria de carácter especial, que es de CINCO (5) días (Art. 56 Ley 610 de 2000).*

*En este punto no hay lugar a (Sic) Es claro, siempre que existe una norma de carácter especial, esta prima sobre la norma general. La regla establecida por la Ley 610 de 2000 es especial para el proceso de Responsabilidad Fiscal. Por su parte, lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es de carácter general, que para el caso específico NO puede ser aplicable.*

*En consecuencia de lo anterior, si la contestación al recurso de reposición fue notificado el día 17 de junio de 2014, el Contralor Auxiliar debió esperar hasta el día 25 de junio para que el auto quedara en firme y enviar después de esa fecha el expediente al superior para la resolución de la apelación, y no al día siguiente de su notificación, esta situación violó de frente el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de legalidad.*

*La simple confrontación de las actuaciones cuya suspensión se pide, con las normas acabadas de citar, muestran que hay manifiesta violación de estas por parte de aquellas, que son normas superiores, constitucionales y legales.*

(...)

#### PERJUICIOS

*Por el solo hecho de existir los actos acusados aparejan la presunción de veracidad y legalidad, y de ello se infiere que la sanción se impuso sin aplicar procedimiento adecuado dentro del proceso de responsabilidad fiscal.*

*El perjuicio que recibe mi representante, además de violarles sus derechos al debido proceso, es la inclusión en el boletín de responsables fiscales, producto de un acto administrativo que se construyó en contra de la Constitución y la ley, el mismo fallo afecta mis ingresos como trabajador y se impone un sanción (Sic) monetaria proferida mediante un acto producido violando normas legales"*

## 1.2. Posición de la Contraloría General de Departamento del Magdalena

El demandado, se opuso a la prosperidad de la medida cautelar solicitada y arguyó lo que a continuación se transcribe:

*"Precisa que los actos administrativos cuya suspensión provisional solicita el actor, cobraron plenos efectos jurídicos, de modo que la concesión de la suspensión provisional "implicaría revertir una situación consolidada, lo que devendría no en una medida cautelar sino de restablecimiento, y además haría imposibles los efectos de la sentencia en caso*

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
Demandante: Omar Díazgranados Velásquez  
Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
Medida Cautelar

de que la misma sea favorable a la Contraloría General del Departamento del Magdalena, ya que al momento de la decisión final es muy probable que no pueda ejecutarse la sanción, y por lo tanto la medida impediría el cumplimiento de los fines del derecho del control fiscal en cuanto a su naturaleza resarcitoria.

El actor busca con la medida cautelar que se realice un prejuzgamiento con fundamento en normas que se deben debatir en el proceso y cuyo análisis debe concluir con sentencia y en la decisión sobre la suspensión provisional de los actos demandados.

El demandante tiene la carga de explicar la necesidad y justificación de la medida como lo dispone el artículo 231 del CPACA, de manera que es obligación de la parte interesada brindar una carga argumentativa "mayor" y "suficiente" y elementos justificados y probatorios, que le permitan al conductor del proceso tomar alguna decisión al respecto sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento. Así mismo, el actor no cumplió esta obligación porque el escrito de la solicitud de la medidas cautelares (Sic) remite al cuerpo íntegro de la demanda, en consecuencia, el Juez terminaría realizando la confrontación del juicio de nulidad en el de resolver la medida cautelar, situación que contraría la normatividad sobre las medidas cautelares.

Como requisito para el decreto de la medida cautelar, cuando se pretende el establecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios se debe probar al menos sumariamente la existencia de los mismos, y en el presente caso no se acreditó o probó este requisito, en tanto no se pueden establecer por el sólo hecho del ejercicio del Control Fiscal que tiene la Contraloría General del Magdalena.

Con respecto a los fallos de primera y segunda instancia, estos se encuentran reportados y registrados en el Boletín de responsables fiscales y en la Procuraduría General de la Nación, pero ello obedece no a un acto de la mera liberalidad del funcionario si no al estricto cumplimiento de lo ordenado por la Ley que rige los procesos de responsabilidad fiscal, esto es, lo preceptuado en los artículos 60 de la Ley 610 de 2000, así como también puede traer sanciones de tipo disciplinario como la señalada en el numeral 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para tales fines, so pena de incurrir en causal de mala conducta. Ahora bien, debo manifestarle a la Honorable Magistrada que toda persona que afronta un proceso de responsabilidad fiscal, luego de acudir al proceso y de hallarse responsable, esta persona debe soportar la carga de la sanción impuesta en la Ley 610 de 2000.

En lo atinente al decreto de medidas cautelares dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el artículo 231 CPACA dispone: "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 estricto 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."

Teniendo en cuenta el precepto normativo transcrito para efectos de decretar una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto, ha de atenderse dos preceptos a saber: i) que el estudio del acto demandado y su confrontación con la norma que se considera violada emerge con claridad dicha vulneración; ii) que del estudio de los medios de prueba allegados a la contención con la presentación de la demanda se pueda dilucidar la contravención a la norma de carácter superior.

En este orden de ideas (Sic), no resulta pasible inferir que se configura quebrantamiento normativo alguno de los Actos emitidos en el proceso de responsabilidad fiscal No. 310, seguido al doctor OMAR DIAZGRANADOS VELASQUEZ, el cual terminó con fallo con responsabilidad fiscal por el detrimento patrimonial en la ejecución del contrato del parque TAYKU celebrado por la Gobernación del Magdalena.

También exige la norma que deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios. Al respecto, No basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Nótese señora Juez que dichos perjuicios aducidos por el demandante no están plenamente demostrados, además de no demostrar la vulneración a una norma superior, ya que no existe argumentación jurídica para tal fin."

## II. TRAMITE

Surtido en debida forma el traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional (fls.9-10), en los términos del inciso 2º del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, la parte demandada presentó escrito de manera extemporánea, oponiéndose a la prosperidad de la medida solicitada por el demandante, porque el día 12 de Julio de 2016 se le notificó vía correo electrónico, contando con cinco (5) días para pronunciarse sobre la medida cautelar, el 21 de Julio de 2016 (fl.48 - 57).

## 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

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Díazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

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 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 CPACA<sup>1</sup>, 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*

<sup>1</sup> 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 prejulgamiento.

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

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Diazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

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

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

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho*  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Diazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

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*<sup>2</sup>, 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 siguiente<sup>3</sup>:

***“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***

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, 24 de enero de 2013.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Díazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

**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”.**

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, surge<sup>4</sup>, 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 su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no 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

<sup>4</sup> 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>

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Diazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

*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.<sup>5</sup>*

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."<sup>6</sup>*

Sobre el Boletín de Responsables Fiscales el inciso 1º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, señala:

*"Artículo 60. Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él."*

Igualmente, en el inciso 3º del mismo artículo, se establece la prohibición dirigida a los representantes legales y nominadores de las entidades públicas, consistente en no contratar con quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales, de la siguiente manera:

*"Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín."*

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 del señor Omar Diazgranados Velásquez y otros. (fls. 1-28 cuaderno 2)
- El Auto que resuelve el recurso de Reposición de fecha 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. (fls. 52 – 72 cuaderno 2)
- Notificación por Estado de 17 de junio de 2014, del Auto que resolvió el recurso de Reposición de fecha 13 de junio de 2014. (fl. 51 cuaderno 2)

<sup>5</sup> 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)

<sup>6</sup> 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)

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho*  
*Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00*  
*Demandante: Omar Diazgranados Velásquez*  
*Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena*  
*Medida Cautelar*

- Solicitud de Adición de 25 de junio de 2014 sobre el Auto que resolvió el recurso de Reposición de 13 de junio de 2014 (fls. 107 – 115 cuaderno 2)
- Comunicación de traslado al expediente al Contralor General del Departamento del Magdalena (fl. 73 cuaderno 2)
- Auto que resuelve recurso de Apelación de 19 de junio de 2014. (fls. 74 – 104 cuaderno 2)
- Notificación por Estado de fecha 24 de junio de 2014 del Auto que resolvió la Apelación de junio 19 de 2014. (fl. 105 cuaderno 2)
- Auto de 9 de julio de 2014 por medio del cual se resolvió la solicitud de Adición, del Auto que resolvió el recurso de Reposición de 13 de junio de 2014. (fls. 116 – 118 cuaderno 2)

#### IV. CASO CONCRETO

En el presente asunto al confrontar el acto administrativo demandado 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

El señor Omar Diazgranados Velásquez 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.”<sup>7</sup>*

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:

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
 Demandante: Omar Díazgranados Velásquez  
 Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
 Medida Cautelar

***“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”*** (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.

#### **4.2 De la Inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales**

En los procesos de Responsabilidad Fiscal, los fallos acarrear consigo la consecuencia inmediata, de la inclusión al Boletín de Responsables Fiscales, tal como lo señala el inciso 1º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000.

La Contraloría General de la República, tiene que publicar con periodicidad trimestral un boletín que contiene los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les dictó fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él. Así mismo, el inciso 3º del mismo artículo, se estableció la prohibición dirigida a los representantes legales y nominadores de las entidades públicas, consistente en no contratar con quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales. Visto de esta forma, los fallos de responsabilidad fiscal, representan la inclusión obligatoria en una lista o boletín, que les impide celebrar cualquier tipo de contrato con la administración pública, hasta tanto no cancelen la suma debida por ocasionar daño al patrimonio económico del Estado.

La Corte Constitucional ha sostenido que no se genera una vulneración de los derechos fundamentales, al ser incluidos los sujetos sometidos a un fallo de Responsabilidad Fiscal en el Boletín de Responsables Fiscales, así:

*“La introducción en el mencionado boletín, por sí misma, no implica la vulneración de los derechos fundamentales de los procesados, en tanto busca razonablemente proteger la integridad patrimonial del Estado, mediante el mecanismo de la publicidad de los nombres de los sujetos que han resultado responsables por faltas de esta naturaleza.*

*Es decir que el Congreso de la República al expedir la Ley 610 de 2000, quiso que las contralorías en los procesos de responsabilidad fiscal contaran con una herramienta eficaz que sirviera para sancionar la conducta de servidores públicos o de particulares cuando en el manejo de fondos y bienes públicos resultare afectado el patrimonio del Estado. Con tal fin, se dispuso que el servidor público y el particular estarían obligados a reparar el daño causado al erario con ocasión de su actuación irregular; y también que estarían sujetos a ser incluidos y permanecer en el boletín nacional de particulares y servidores*

<sup>8</sup> 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)

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho*  
Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
Demandante: Omar Díazgranados Velásquez  
Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
Medida Cautelar

*públicos fiscalmente responsables hasta tanto no cumplieran su conducta activa de pago, dirigida a la reparación plena del patrimonio del Estado.*<sup>9</sup>

La inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la Nación, mencionada por el accionante como perjuicio y fundamento de la solicitud de la medida cautelar de la referencia, se deriva de la declaratoria de responsabilidad fiscal, la cual por su naturaleza de sanción genera un daño, el cual debe ser soportado por el sujeto declarado responsable del detrimento patrimonial del Estado, es decir, se trata de una consecuencia justificada, ante una actuación del sujeto, que acarrea unos efectos contemplados en el ordenamiento jurídico.<sup>10</sup>

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 el acto acusado, 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.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Constitucional, T 1031 de 2003, Referencia: expediente T-654265, MP: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, D. C. treinta (30) de octubre de dos mil tres (2003)

<sup>10</sup> Sentencia de la Corte Constitucional, T 151 DE 2013, Referencia: expedientes T-3.615.654, MP: Alexei Julio Estrada, Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Rad: 47-001-2333-003-2015-00021-00  
Demandante: Omar Diazgranados Velásquez  
Demandando: Contraloría General del Departamento del Magdalena  
Medida Cautelar

**RESUELVE:**

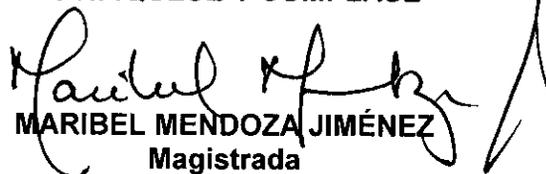
**Primero.- Negar** la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Fallo de Responsabilidad Fiscal de 17 marzo de 2014, Auto de 13 de junio de 2014 que resolvió recurso de reposición y Auto de 19 de junio de 2014 que resolvió recurso de Apelación, por los motivos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