



Cartagena de Indias D. T. y C., cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-005-2020-00109-00
Demandante	Oscar Marín Villalba
Demandado	Contraloría Distrital de Cartagena
Asunto	Decidir solicitud de medida cautelar
Auto Interlocutorio No.	040

1. ANTECEDENTES

Visto el informe secretarial que antecede, se advierte del presente proceso del documento 01 contentivo de la demanda, que la parte demandante solicita como medida cautelar la “(...) *suspensión del acto administrativo del AUTO No. 058 POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA y como consecuencia de ello ELIMINE de la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y de la CONTRALORIA, así como en el Concejo Distrital de Cartagena de su base de datos la anotación de haber sido declarado responsable fiscal, a mi poderdante*” y “*Que como consecuencia de la suspensión provisional, se ordene a la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, restituir a mi poderdante la suma de \$ 71.996.764, que cancelo mi poderdante.*”

Al tratarse de una medida cautelar solicitada con la demanda, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 233, al admitir la demanda, en auto separado de fecha 23 de noviembre de 2020 (documento 16) se ordenó traslado de la misma a la parte demandada por el término de cinco (05) días.

El auto de traslado fue notificado el 14 de enero de 2021 (documento 18), que se notifica simultáneamente con el admisorio.

La Contraloria Distrital de Cartagena no dio contestación a la medida.

2. CONSIDERACIONES

Este despacho para el trámite de la medida aplicó lo dispuesto en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempladas en los arts. 229 y s.s., entendiendo que las medidas cautelares en general tienen el fin de garantizar el objeto del proceso y la efectividad del fallo, para todos los procesos declarativos de que tiene conocimiento esta jurisdicción.





El art. 229 señala las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el juez contencioso administrativo, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, que debe ser solicitada por la parte interesada y estar debidamente sustentada; expresamente señala el artículo lo siguiente:

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.*

Igualmente, el art. 230 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y que las mismas deben tener relación directa con las pretensiones de la demanda, y señala:

“(...) 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 (...)”

Por su parte el artículo 231 del nuevo estatuto C.P.A.C.A. establece los requisitos para poder decretar las medidas cautelares en los siguientes términos:

“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.” (Negrillas y subraya fuera del texto original).

También se dispone sobre la medida de suspensión provisional que:

1°) 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.**

2°) La medida cautelar se debe solicitar, 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.

Entonces, 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 ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1°) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) **estudie** las pruebas allegadas con la solicitud.

Aunque la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A. (Capítulo XI Medidas Cautelares – procedencia), conforme al cual “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.

En este sentido se observa que la medida deberá ser decretada siempre que del análisis realizado por el Juez se concluya que existe violación de las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.





Partiendo de estos presupuestos y en el enfoque indicado, se procede a resolver el caso concreto:

2.1 CASO CONCRETO

- **Acto administrativo cuyo efecto se piden suspender.**

El acto administrativo cuya suspensión se solicita es: el auto No. 058 de 19 de diciembre de 2019, por medio del cual se resuelve un grado de consulta y se revoca parcialmente el fallo sin responsabilidad fiscal No. 003 de 19 de noviembre de 2019; declarando responsable fiscal a OSCAR ALFONSO MARIN VILLALBA.

Fundamento de la solicitud de medidas.

La parte demandante señala que la medida está fundamentada en que el acto demandado fue expedido presuntamente con violación al debido proceso por no haberse surtido en debida forma el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal, por cuanto se venció el término legalmente establecido para resolver dicho grado; así como alega la inexistencia de certeza respecto de la conducta gravemente culposa, ya que considera habría ausencia de nexo de causalidad y falta de competencia del funcionario que lo resolvió

Como sustento de ello cita el art. 18 de la ley 610 de 2000.

Manifiesta que en el desarrollo del grado de consulta el Contralor Distrital de Cartagena dejó vencer el término de un mes contemplado en la norma, y cuando él solicitó la aplicación del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, el día 23 apareció una resolución que suspendía los términos y que, si ello es así y no había atención al público, porqué se le permitió radicar un memorial el día 23 de diciembre a las 4: pm, y porque existió una notificación de un fallo dentro del proceso de responsabilidad fiscal NO. 038 de 2015 en esas fechas?; circunstancias que considera demuestran que la única finalidad en la resolución del fallo era afectar al demandante pues fue al único que se le realizó un examen de su conducta en dicho acto administrativo, de forma exhaustiva, y a uno de los pocos directores a los que Colpensiones les respondió sus requerimientos.

Se refiere a los elementos de la responsabilidad fiscal señalados en los artículos 5 y 53 de Ley 610 de 2000, y a lo que ha dicho la H. Corte Constitucional sobre ellos, para concluir que para proferir fallo de responsabilidad fiscal se requiere prueba de los siguientes presupuestos:

- Certeza de la existencia del daño patrimonial.
- La culpa del gestor fiscal.
- Relación de causalidad entre la actuación del gestor y el daño generado.

En el caso del señor Marín Villalba se declaró la responsabilidad fiscal sin que existiera prueba o certeza de la relación de causalidad entre el daño patrimonial y una conducta dolosa o gravemente culposa.





Que está probado que el Fondo Territorial de Pensiones sufrió un detrimento a raíz del pago de pensiones compartidas

Que el grado de culpabilidad aplicado al demandante fue el de culpa grave, y se sostuvo que no tuvo una conducta diligente y necesaria, por cancelar unas pensiones compartidas, sin que se valorara con sana crítica las pruebas; entre ellas el testimonio practicado. También se desconocieron las pruebas remitidas por COLPENSIONES, en las cuales respondió los oficios de solicitud de información remitidos por el demandante para iniciar el trámite de compartibilidad. Como se desconoció igualmente los resultados de la visita especial que se realizó a la alcaldía de Cartagena y con ello los trámites adelantados.

Como conclusión resume que debe accederse a la medida por cuanto:

- a) Se expidió un acto administrativo sin competencia, pues había transcurrido más de un mes sin que hubiese resuelto el grado jurisdiccional caso en el cual se entiende que ha sido confirmado, pero en su caso revoco la decisión.
- b) Que el Contralor que suscribió el acto desde el día 1 de enero de 2020 ejerce funciones que no le corresponden, y vulnera el artículo 125 de la C. P. por cuanto él estaba supliendo una falta absoluta del periodo 2016-2019, y sus funciones se limitaban temporalmente a 31 de diciembre de 2019. Que su encargo se hizo con desconocimiento de la Ley porque el Reglamento Interno en ningún artículo faculta expresamente a la Mesa directiva ni al presidente del Concejo distrital para que designe Contralor encargado. Y aun si ello fuese así, un acuerdo distrital no podría ir nunca en contra de una norma superior como lo es la ley 136 de 1994 que establece que debe designarse en plenaria.

Contestación de Contraloría Distrital de Cartagena:

No presentó oposición a la medida que le fue notificada de forma personal el 14 de enero de 2021 según se observa en documento 18 del expediente electrónico.

2.2. Análisis del caso concreto y decisión del Despacho

Efectuado el análisis de la medida solicitada y la circunstancias particulares del caso, advierte el Despacho que lo que se discute en el presente proceso es si la decisión contenida en el acto demandado AUTO No. 058 de 19 de diciembre de 2019 "POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA", fue tomada dentro de la oportunidad establecida por el art. 18 de la ley 610 de 2000, por funcionario competente y si para revocar la decisión en sede consulta se tuvieron en cuenta la pruebas allegadas al expediente.

De la confrontación del acto demandado con las disposiciones consideradas como violadas y las pruebas documentales allegadas hasta ahora con la demanda, no es posible establecer con certeza si existe disconformidad del acto con la normativa alegada como como violada, esto es, la ley 610 de 2000, Ley 1437 de 2011 artículo 161 y Ley 1474 de 2011.





Lo anterior teniendo en cuenta que si bien es cierto tal y como lo señala el demandante el art. 18 de la ley 610 de 2000¹ (vigente en esa época por cuanto el mismo fue modificado por el decreto 403 de 2020) establece el grado de consulta cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal, y señalaba en su inciso final que si “(...)transcurrido **un mes de recibido** el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta...”, también recalca el despacho que la norma es clara en señalar que el término de un (01) mes se cuenta a partir del recibido del expediente, y no desde la fecha expedición del fallo de responsabilidad fiscal.

En el caso de marras, el fallo sin responsabilidad fiscal objeto de consulta data de 19 de noviembre de 2019, y de acuerdo al material probatorio con que se cuenta hasta ahora se evidencia del documento 13 página 60 del expediente electrónico², que el expediente fue recibido para el trámite de consulta por el Contralor Distrital (E), el 22 de noviembre de 2019, por lo que el término para proferir la respectiva providencia vencía el 22 de diciembre de 2019, y siendo así, si el acto demandado que goza de presunción de legalidad AUTO No. 058 “POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA” fue proferido el 19 de diciembre de 2019, en principio estaría dictado en oportunidad.

Lo anterior en atención también al art. 118 del C.G del P.³ que establece en su inciso primero que los términos concedidos por fuera de audiencia comienzan a correr el

¹ ARTÍCULO 18. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

² Correspondiente de los anexos de la demanda

³**Artículo 118. Cómputo de términos**

El término que se conceda en audiencia a quienes estaban obligados a concurrir a ella correrá a partir de su otorgamiento. **En caso contrario, correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.**

El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.

(...)

Quando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.





Adicionalmente, no se evidencia dentro de lo anexado el acto de nombramiento del contralor distrital que suscribió el acto demandado; pero, si como se señala en la demanda éste estaba nombrado hasta 31 de diciembre de 2019, y el acto demandado fue proferido el 19 de diciembre de 2019, no es evidente que el funcionario que lo expidió no gozara de competencia para ello.

En conclusión, considera esta judicatura no están dadas las circunstancias que permitan acceder a la medida cautelar solicitada, lo cual impide en esta oportunidad inferir la supuesta ilegalidad que pregona la parte actora, es decir, en este momento procesal no es evidente la contradicción o violación de las disposiciones señaladas en el libelo introductor, que conlleve a acceder a la medida cautelar perseguida.

En este orden de ideas, el despacho negará la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional solicitada y será al decidir de fondo el presente asunto que se determinará si le asiste o no la razón a la parte demandante para acceder a la declaratoria de nulidad del acto demandado.

Y dado que para el análisis de procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo deben atenderse los criterios de fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, periculum in mora, o perjuicio de la mora y la ponderación de intereses, aplicando estos criterio no se accederá a la medida porque, se reitera, será en el desarrollo del proceso, una vez se analicen los antecedentes administrativos, que se ventilarán los argumentos y razones de las partes, para determinar si el acto administrativo expedido se ajustó a la ley.,

Finalmente, el Despacho advierte que, tal como lo señala el segundo inciso del artículo 229 del CPACA, la decisión que se toma en relación con la solicitud de medidas cautelares no implica prejuzgamiento, y ello se entiende en la medida que la decisión adoptada no implica de ninguna forma un análisis definitivo y vinculante con efectos de cosa juzgada para las partes y el fallador.

Por ello, al haberse analizado los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, no significa que se haya definido el fondo del litigio, como quiera que lo que se busca al decidir sobre la medida solicitada por el accionante, y determinar si dicha medida es o no procedente con base al material aportado hasta el momento y con los argumentos esbozadas en el momento procesal de la petición, sin perjuicio de lo que posteriormente se llegue a probar durante el desarrollo de todo el proceso.

En consecuencia, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena,

RESUELVE

PRIMERO: No acceder a la medida provisional de “(...) *suspensión del acto administrativo del AUTO No. 058 POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA y como consecuencia de ello ELIMINE de la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y de la CONTRALORIA, así como en el Concejo Distrital de Cartagena de su base de datos la anotación de haber sido declarado responsable fiscal, a mi poderdante*”





y “Que como consecuencia de la suspensión provisional, se ordene a la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, restituir a mi poderdante la suma de \$ 71.996.764, que cancelo mi poderdante.”, solicitado por la demandante, por lo expuesto.

SEGUNDO: La presente decisión que se toma en relación con la solicitud de medidas cautelares no implica prejuzgamiento, y ello se entiende en la medida que la decisión adoptada no implica de ninguna forma un análisis definitivo y vinculante con efectos de cosa juzgada para las partes y el fallador.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS.
JUEZ.**

Firmado Por:

**MARIA MAGDALENA GARCIA BUSTOS
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 005 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

32e3cf0803ca667962df9406f42df078e031b10420a713487a929573259504d3

Documento generado en 05/02/2021 02:19:52 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

