



CONSEJO DE EST ADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 2 de agosto de 2024

Radicación: 17001-2333-000-2016-00062-01 (63810)
Actor: Mario Aristizabal Muñoz y otros
Demandado: Contraloría General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa (CPACA)

Temas: acción de reparación directa – investigación fiscal – suspensión provisional del cargo

Síntesis del caso: Se solicita la reparación de dos daños. El primero consistente en el supuesto daño antijurídico causado por una investigación fiscal que adelantó la Contraloría General de la República contra el actor de manera irregular. El segundo consistente en la afectación que le causó haber sido suspendido provisionalmente de su cargo como gobernador de Caldas con ocasión de esa investigación fiscal.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la Sentencia de 21 de febrero de 2019, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente para proferir esta providencia por tratarse de un recurso de apelación en contra de una sentencia proferida por un tribunal administrativo, de conformidad con los artículos 150, 152 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma vigente al momento de la presentación de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes; 2. Consideraciones. 3. Decisión.

1. ANTECEDENTES

1.1. Posición de la parte demandante; 1.2. Posición de la parte demandada; 1.3. Trámite relevante de primera instancia; 1.4 Sentencia de primera instancia; 1.5. Recurso de apelación y trámite relevante de segunda instancia.

1.1 Posición de la parte demandante

1. El 16 de febrero 2016¹, Mario, Esperanza Aristizábal Muñoz, Luis Alfonso Aristizábal Muñoz, Juan Diego Aristizábal Muñoz, Julián José Aristizábal Muñoz, Paula Mercedes Aristizábal Muñoz, Andrés Aristizábal Muñoz, Alejandra Aristizábal Trujillo y Mario Felipe Aristizábal Trujillo, en nombre propio y María José Trujillo Arango, en nombre propio y, en representación de Mariana Aristizábal Trujillo, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda contra la Contraloría General de la República, en la

¹ Folio 40 cuaderno 1.

que solicitaron (se transcribe):

"1. Que se indemnice de manera integral todos los perjuicios injustamente sufridos por el señor ARISTIZABAL MUÑOZ, su señora esposa, sus hijos y sus hermanos por el proceder antijurídico del órgano de Control Fiscal – Contraloría General de la República – al seguirle un proceso fiscal arbitrario y una suspensión del cargo de Gobernador de Caldas ilegal y arbitraria; los perjuicios deben ser tanto los patrimoniales que se prueben en el proceso, como los morales que ordene el Juez Contencioso Administrativo.

2. Se condene en costas y gastos a la entidad demandada"

2. Como hechos relevantes que fundamentaron las pretensiones, adujeron:

3. 1) El señor Mario Aristizábal Muñoz fue electo como gobernador del Departamento de Caldas para el periodo 2008 – 2011. En ese periodo se adelantó en su contra un proceso de responsabilidad fiscal.

4. 2) Los hechos que dieron lugar a la investigación fiscal consisten en que el 20 de diciembre de 2006, la Empresa Departamental para la Salud EDSA y Susuerte S.A. suscribieron el Contrato de Concesión No. 1 de 2006, para la operación de juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento de Caldas. El periodo de concesión fue del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011. El valor del contrato se acordó en \$ 50.497.028.674.

5. 3) El 8 de enero de 2008 y el 7 de abril de 2008, Susuerte SA, solicitó a EDSA la revisión del valor mínimo establecido en el contrato de concesión. Susuerte aseguró que, según el artículo 3 del Decreto 4643 de 2001, era posible que EDSA realizara un estudio de mercado para la revisión del valor.

6. 4) El 25 de abril de 2008, según el Acta No. 50, la Junta Directiva de EDSA autorizó la suscripción del contrato de consultoría para la elaboración de los solicitados estudios de mercado (se contrató con Douglas Trade). Se afirmó que, para ese momento, el actor "no hacía parte de la Junta Directiva de EDSA".

7. 5) El 29 de diciembre de 2008, el Superintendente Delegado para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud de la Superintendencia Nacional de Salud, avaló el estudio de mercado que realizó la firma Douglas Trade.

8. 6) El 16 de enero de 2009, según el Acta No. 55, la Junta Directiva de EDSA aprobó el nuevo estudio de mercado por el cual se definió el monto de los derechos de explotación de la concesión del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Caldas, para las vigencias 2009, 2010 y 2011. En consecuencia, concluyó que se debía modificar el contrato.

9. 7) El 19 de enero de 2009, se suscribió el Otrosí No. 1 al contrato de concesión en los siguientes términos “*Modificar la cláusula segunda – VALOR, que quedará así: El presente contrato tiene un valor estimado en la suma de (...) 41.173.164.363 (...)*”.

10. 8) Mediante Auto 880 de 6 de diciembre de 2010, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, en adelante la Contraloría Delegada, admitió y autorizó la realización de control excepcional por causa del Contrato de Concesión suscrito entre EDSA y Susuerte S.A.

11. 9) Mediante Auto No. 319 de 12 de abril de 2011, la Contraloría Delegada abrió el proceso de responsabilidad fiscal No. 1 de 2011 contra Mario Aristizábal Muñoz, Susuerte .S.A y otros.

12. 10) Con el Auto No. 831 de 26 de agosto de 2011, se decretó el embargo preventivo de 3 cuentas de ahorro del señor Aristizábal Muñoz y del inmueble identificado con predial No. 00-00-0010-0369-804, Matrícula No. 17696121 avaluado en \$ 13.308.000 ubicado en Sopó Cundinamarca.

13. 11) Mediante Resolución No. 56 de 16 de septiembre de 2011, “*la contralora de la época Sandra Morelli Rico*” decidió suspender al entonces Gobernador de Caldas, señor Aristizábal Muñoz en virtud de la prerrogativa “*verdad sabida buena fe guardada*”. Afirmó que ese acto administrativo, a la fecha de la presentación de la demanda, seguía vigente porque “*no ha sido levantado por autoridad competente alguna, o al menos no tiene conocimiento ni el afectado ni el abogado de confianza*”.

14. 12) Mediante Decreto 3450 de 19 de septiembre de 2011, el Gobierno Nacional suspendió en el ejercicio del cargo al actor, en cumplimiento de lo ordenado por la Contraloría General de la República y, mediante Decreto No. 3687 de 6 de octubre de 2011, suscrito por el entonces ministro del interior Germán Vargas Lleras, se designó a Francisco José Prieto Uribe como gobernador encargado del Departamento de Caldas.

15. 13) El 29 de enero de 2013, la directora de la Contraloría Delegada profirió el Auto No. 61 “*por medio del cual se adecúa el proceso de responsabilidad fiscal No. 1 al procedimiento verbal establecido en la Ley 1474 de 2011 y se formula la imputación de responsabilidad fiscal*”.

16. 14) Con Auto No. 615 de 6 de agosto de 2014, el director de la Contraloría Delegada imputó responsabilidad fiscal al actor y ordenó la cesación de la acción y archivo por pago respecto de unos hechos.

17. 15) Con Auto 204 de 27 de marzo de 2015, la Dirección de la Contraloría Delegada ordenó archivar el proceso de responsabilidad fiscal No. 1, *“porque el hecho no es constitutivo de daño patrimonial”*. Esa decisión fue confirmada por el Contralor Delegado en sede de consulta el 15 de mayo de 2015, mediante Auto No. 224.

18. Según la parte demandante, en general, la investigación fiscal como, en particular, la suspensión provisional de su cargo le causaron un daño antijurídico. Afirmó que el operador fiscal *“tergiversa de forma burda lo que ordena la norma (...) [no] acepta las pruebas”* para la defensa. Además, precisó que *“En la resolución de suspensión del cargo (...) se especuló de forma mendaz en la gravedad de los hechos y lo mismo se afirmó en el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal y en los medios de comunicación, cuando lo que se hizo en la administración del hoy demandante fue cumplir con la Constitución y la Ley; por lo que se torna arbitraria tanto la resolución de suspensión y el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra el [actor], causando un daño antijurídico al señor Aristizábal Muñoz, a sus hermanos, señora esposa e hijos; por el cual debe responder la Contraloría General de la República y repetir luego en contra de los funcionarios que adecuaron su conducta a causar dicho daño antijurídico en contra del señor Aristizábal Muñoz, afectando su patrimonio, su proyecto de vida, causándole una injuria y dolor tanto a él como a su núcleo familiar. Además, agregó que la Contraloría General de la República pudo actuar con fines políticos para tomar esa decisión de suspenderlo.*

19. Respecto de los perjuicios, según la estimación razonada de la cuantía, se definieron en materiales y morales. Respecto de los materiales: lucro cesante relativo al valor de salarios y prestaciones dejados de percibir como gobernador del Departamento de Caldas \$ 56.704.318. Lucro cesante relativo al valor dejado de percibir como congresista (periodo 2014-2018) porque, por la investigación fiscal, perdió la oportunidad de presentarse a esa contienda electoral en la que hubiera sido elegido: \$ 1.243.940.880. Frente a los morales, señaló que se reconozcan a todos los demandantes *“de acuerdo al iures juris”*.

1.2 Posición de la parte demandada

20. La Contraloría General de la República² contestó la demanda y se opuso a la totalidad de pretensiones. Propuso la excepción previa de inepta demanda y de caducidad. Respecto de la primera señaló que, si se alegaban vicios de ilegalidad en el acto administrativo que lo suspendió provisionalmente, se debió demandar en nulidad y restablecimiento del

² Folios 206 a 223 del Cuaderno principal.

derecho. Frente a la segunda se indicó que esa resolución le fue comunicada el 21 de septiembre de 2011. En consecuencia, como la demanda la presentó el 16 de febrero de 2016, se produjo la caducidad.

21. Frente al fondo, en síntesis, se refirió a la investigación fiscal y a la suspensión del actor como gobernador. Respecto de la investigación fiscal indicó que se adelantó con los presupuestos señalados en los artículos 41 y 42 de la Ley 610 de 2000. Acerca de la suspensión de su cargo indicó que fue sometida a un riguroso examen de procedencia y que, adicionalmente, no hubo temeridad o mala fe. Explicó que esa decisión se tomó con base en las pruebas legalmente producidas, allegadas y/o aportadas al proceso de responsabilidad fiscal, *“las cuales permitían no solo inferir seriamente la autoría del señor Aristizábal en el daño patrimonial investigado, sino también establecer la urgencia de la medida (...) toda vez que existían motivos graves y fundados que permitían inferir que este podía destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba (...)”*. Finalmente, al pronunciarse sobre los perjuicios solicitados, específicamente, sobre lo dejado de percibir como congresista, señaló que: 1) se trataba de una mera expectativa 2) no existe nexo causal entre ello y la investigación de responsabilidad fiscal comoquiera que el actor no fue inhabilitado.

1.3 Trámite relevante en primera instancia

22. En la audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2017, entre otras, se resolvió lo relativo a la excepción previa de inepta demanda y a la de caducidad. Al respecto indicó que, en efecto, la reparación directa era el medio de control idóneo para demanda el daño derivado de la investigación fiscal adelantada con el actor. Agregó que, también era el medio para demandar el daño por la suspensión provisional de su cargo comoquiera que *“se trataba de un acto administrativo de trámite no susceptible de control judicial”*. Puso de presente que, incluso, el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 indicó que, únicamente, sería demandable ante esta jurisdicción el acto administrativo con el cual terminara el proceso. Adicionalmente, se fijó el litigio³ y se decretaron pruebas. Dado que únicamente se decretaron documentales, por economía procesal, se prescindió de la audiencia de pruebas⁴.

³ En los siguientes términos *¿Se configuran los elementos señalados por la ley y la jurisprudencia, para declarar la responsabilidad de la Nación – Contraloría General de la República, por los supuestos perjuicios causados a los demandantes con ocasión del proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra el señor Mario Aristizábal Muñoz, y en especial con la decisión de suspensión del cargo del Gobernador del Departamento de Caldas?». Se agregó, que si la respuesta es positiva se debería resolver ¿la parte demandante tiene derecho a que se le paguen los perjuicios de orden patrimonial y moral reclamados?*

⁴ Al respecto se indicó *“Por economía procesal, el despacho se abstendrá de fijar fecha para realizar audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011; sin embargo, una vez se haya arrimado al cartulario la prueba documental decretada en esta audiencia, se dictará un auto escritural informando a las partes para que tengan conocimiento de las mismas y puedan ejercer su contradicción”*

1.4 Sentencia de primera instancia y sentencia de adición

23. El 21 de febrero de 2019, el Tribunal Administrativo de Caldas estudió de fondo el asunto y negó las pretensiones de la demanda. Se pronunció sobre los daños consistentes en la investigación fiscal y en la suspensión provisional del señor Mario Aristizábal Muñoz de su cargo. Estudió el asunto desde el título de daño especial y concluyó que la investigación fiscal y la suspensión constituyeron cargas que el actor debía soportar.

24. Respecto de la investigación fiscal explicó que, si bien el proceso terminó con el archivo del expediente, se debía tener en cuenta que, de tres hechos generadores que sirvieron de base de la investigación⁵, únicamente respecto del primero se concluyó que no existió detrimento patrimonial. Respecto del segundo y tercero si bien se archivó ello ocurrió porque, finalmente, se acreditó el pago. En esa medida señaló que el archivo *“en ningún momento fue por el hecho de encontrar que las conductas realizadas por el Gobernador en su época, no estuvieron comprometiendo el detrimento del departamento, sino única y exclusivamente que el mismo había sido resarcido por el pago realizado por un tercero, la sociedad Susuerte, dejando incólume la conducta del Gobernador”*. Por lo expuesto, concluyó que la investigación no rompió las cargas que estaba llamado a soportar.

25. Respecto de la suspensión provisional de su cargo, anotó que esa decisión tampoco rompió las cargas que debía soportar comoquiera que resultó proporcionada. Explicó que *“en virtud de visitas realizadas a las instalaciones de la Gobernación de Caldas los días 28 y 29 de junio de 2011, se pudo deducir que el accionante podía afectar la investigación, en el sentido de que estarían generando nuevos documentos sobre hechos anteriores referentes a los que eran materia de investigación, específicamente en relación con la delegación, máxime cuando fueron aportados documentos carentes de firma.”* Por ello, concluyó que la suspensión no rompió las cargas que el demandante debía soportar.

26. Después de analizar el asunto en los términos expuestos señaló “Con

⁵ 1. La modificación de las condiciones iniciales del contrato de concesión No. 1 de 2006, producto de la suscripción del otrosí No. 1 de 19 de enero de 2009 entre EDSA y SUSUERTE, basado en un estudio de mercado realizado fuera del término legal y cuyos resultados fueron inconsistente, lo cual generó la disminución de los derechos de explotación y gastos del contrato de concesión antes mencionado.

2. La disminución injustificada de los derechos de explotación y gastos de administración del contrato de concesión No. 1 de 2006 en virtud de la modificación introducida por el acta de interpretación bilateral suscrita el 9 de septiembre de 2010.

3. El pago inoportuno de los derechos de explotación y gastos de administración del contrato, así como la liquidación incorrecta de los anticipos del contrato, generaron intereses moratorios que no fueron pagados por el concesionario, por tanto se causó un daño al patrimonio público, según lo establecido en el informe técnico rendido por los profesionales Jorge Enrique Solano y Mónica Patricia Cortes Chaves, funcionarios de la Contraloría General de la República, quienes establecieron el impacto de las modificaciones del contrato de concesión en los derechos de explotación y gastos de administración, impacto del acta de interpretación bilateral del contrato de concesión e intereses moratorios.

mayor razón, se deberá descartar la posible falla del servicio de qué habla el actor, frente a una actuación irregular por el abuso de la prerrogativa de la verdad sabida y buena fe guardada y menos sobre una desviación de poder en ese trámite, de índole político para impedirle ascender en su carrera hacia la Cámara de Representantes, pues la parte actora probatoriamente únicamente se limitó a basar estas afirmaciones con el fallo de archivo de la investigación fiscal que anteriormente se estudió, y del cual por lo contrario no se denota un actuar diferente a los establecido en las normas, dejando huérfano además probatoriamente la insinuación de la actuación tuvo fines torticeros para evitar su ascenso político (...)"

27. En consecuencia, se negaron las pretensiones y se condenó en costas a la parte demandante. Se fijó como agencias en derecho \$ 600.000.

1.5 Recurso de apelación y trámite relevante en segunda instancia

28. La parte demandante⁶ apeló la decisión porque consideró que la Contraloría General de la República sí incurrió en una falla del servicio cuando adelantó la investigación fiscal y cuando lo suspendió de su cargo. En primer lugar, indicó que este asunto no debía ser tratado como un daño especial porque la Contraloría no adelantó una actuación legítima, sino por el contrario, omitió cumplir sus deberes funcionales comoquiera que abusó de la figura de "verdad sabida y buena fe guardada" prevista en el artículo 268 Constitucional, con base en la cual se lo suspendió. Adicionalmente, no se tuvo en cuenta que, si bien se archivó la acción fiscal, con ocasión del pago, no fue él quien pagó.

29. Sus argumentos se pueden sintetizar así. Respecto de la suspensión del cargo: 1) Afirmó que la medida de suspensión no era necesaria. a) Adujo que, si era cierto que la decisión de suspensión del cargo se tomó con base en las pruebas que tenía la Contraloría General de la República, resultaba contradictorio que lo hubieran suspendido porque él las hubiera podido manipular⁷. Concluyo que, si las pruebas ya estaban en poder de la Contraloría, no debía decretarse la medida. b) También precisó que no se requería la medida de suspensión, porque el señor Mario Aristizábal "fue extremadamente diligente en facilitar el acceso a todos los documentos a los funcionarios comisionados por la Contraloría General de la República (...)" lo que indica que no se tenía la intención de efectuar una manipulación probatoria. 2) La medida no cumplió con los requisitos. Finalmente señaló que la medida de suspensión no cumplió con el requisito previsto en la sentencia de tutela de la Corte Constitucional citada por el

⁶ Folios 300 a 310 del Cuaderno del Consejo de Estado.

⁷ En este punto, afirmó que que, si las pruebas ya estaban en poder de la Contraloría, el actor no podía efectuar ninguna manipulación

propio Tribunal de primera instancia: T 416 de 2006, que impone límites al ejercicio del principio de verdad sabida y buena fe guardada. Específicamente se refirió al requisito relativo a que “*el retiro del servicio del funcionario investigado debe ser transitorio*”. Señaló que era evidente que el proceso fiscal no iba a terminar en los siguientes 3 meses que le quedaban de mandato al gobernador y que, con ello, se le causó no solo un daño económico sino moral a él y al núcleo familiar. 3) El motivo de la suspensión fue diferente al legalmente permitido. Explicó que la motivación de la suspensión no era la supuesta manipulación probatoria que podría realizar, sino “*influir en las elecciones regionales que se acercaban y (...) hacerle un grave daño a la imagen y honra (...)*”.

30. Respecto de la investigación fiscal: 1) Señaló que, si bien es cierto, respecto de los hechos generadores dos y tres, se archivó por el pago de un tercero “*no informa la sentencia hoy apelada que ese tercero era un presunto responsable fiscal vinculado al proceso, que el gobernador en ningún momento manifestó su interés de resarcir el presunto daño fiscal y que por el contrario basado en las pruebas del proceso y aportadas por su defensa siempre demostró que sus actuaciones no eran constitutivas de daño fiscal.*”

31. El 22 de julio de 2019 se admitió el recurso de apelación y el 22 de agosto de 2019 se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión y el Ministerio Público rindiera concepto. El demandante⁸ presentó alegatos en los que, en síntesis, reiteró los argumentos del recurso de apelación. La parte demandada⁹ también presentó sus alegatos en los que insistió en que no se incurrió en una falla del servicio porque tanto la investigación como la suspensión del cargo del actor se hicieron con base en los requisitos de ley y con las pruebas para hacerlo. El Ministerio Público guardó silencio¹⁰.

32. El 22 de junio de 2023, el entonces magistrado ponente del presente asunto Dr. Fredy Ibarra Martínez se declaró impedido y, mediante Auto de 19 de octubre de 2023, se declaró fundado. El 16 de enero de 2024 ingresó el asunto al despacho para proferir sentencia.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Presupuestos procesales y decisión a adoptar; 2.2. Análisis sustantivo; 2.3 Análisis de perjuicios. 2.4. Sobre la condena en costas.

⁸Folios 324 a 334 del Cuaderno del Consejo de Estado.

⁹ Folios 335 a 340 del Cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Folio 345 de Cuaderno del Consejo de Estado

2.1 Presupuestos procesales y decisión a adoptar

33. La Sala se pronunciará el sobre el fondo del asunto. En este caso, se alegan dos daños. Frente al primero, derivado de la supuesta investigación fiscal que se adelantó de manera arbitraria e injusta, la Sala encuentra que no hay dudas que la reparación directa es la acción procedente; resulta evidente que, frente a este punto, no se alega la nulidad de ningún acto administrativo, sino que se reprocha la actuación de la Contraloría General de la República consistente en haber adelantado y tramitado una investigación fiscal en su contra que, finalmente, se archivó.

34. Frente al segundo, derivado de la suspensión provisional de su cargo adoptada dentro de la investigación fiscal, la Sala encuentra que también la reparación directa es la acción procedente. Lo anterior porque, terminado el proceso de responsabilidad fiscal con archivo, surge la posibilidad para la parte actora de reparar un supuesto daño antijurídico. Adicionalmente, no se puede desconocer que no es claro, ni pacífico que este acto administrativo que ordenó la suspensión provisional, “acto administrativo cautelar” resulte demandable vía nulidad y restablecimiento, porque, a pesar de los efectos jurídicos inmediatos que produce, no impulsa el procedimiento, pero tampoco pone fin al procedimiento, ni impide su continuación. En esa medida, no es posible asegurar que exista otro medio de control cuando ello no resulta del todo cierto¹¹.

35. Respecto de la **oportunidad** se advierte que la demanda se instauró en término: El Auto No. 224 de 15 de mayo de 2015 que confirmó la decisión de archivo, se notificó mediante estado de 22 de mayo de 2015¹². La conciliación extrajudicial se radicó el 6 de noviembre de 2015¹³. La constancia de conciliación fallida se expidió el 20 de enero de 2016¹⁴. La demanda se instauró el 16 de febrero de 2016¹⁵. Es decir, dentro de los dos años previstos en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

¹¹ En el 2008 (Consejo de Estado, Sección 2, Sub. A, Sentencia del 4 de septiembre de 2008, rad. 41001-23-31-000-1995-08452-02(1528-07), la Sección Segunda de esta Corporación adoptó una postura para permitir su control judicial, sin embargo, no significó un cambio inmediato y durable en la jurisprudencia, particularmente de la Sección encargada de juzgar los asuntos laborales y disciplinarios. Actualmente, la posibilidad de demandar los actos administrativos cautelares solo ha sido reconocida en algunas decisiones de la Sección Primera. Revisar Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata, en donde se explica el origen y alcance del concepto de “actos administrativos cautelares”: Consejo de Estado, Sección 3, Sub. B. Sentencia de 12 de abril de 2024. MP. Fredy Ibarra Martínez. Rad. 08001-23-31-000-2007-00769-01 (58.557).

¹² Folio 53 del cuaderno principal.

¹³ Folio 42 Cuaderno 1.

¹⁴ Folio 42 Cuaderno 1.

¹⁵ Folio 40 cuaderno 1.

36. La Sala analizará, de conformidad con el artículo 328 del código General del Proceso¹⁶, los argumentos expresamente consagrados en el recurso de apelación.

37. La Sala revocará la sentencia de primera instancia porque encuentra en el recurso de apelación motivos para revocar y acceder a las pretensiones de la demanda respecto del daño por la suspensión provisional del cargo de Gobernador que ejercía el actor. De lo probado en el expediente, la Sala encuentra que sí se incurrió en una falla del servicio cuando se decretó la medida cautelar.

2.2 Análisis sustantivo

38. La Sala se pronunciará respecto del recurso de apelación. Para ello, en primer lugar, abordará lo relativo a la suspensión provisional del cargo del actor dentro de esa investigación y, en segundo lugar, lo relativo a la investigación fiscal.

2.2.1 Suspensión provisional del cargo adoptado con la Resolución 56 de 16 de septiembre de 2011

39. El señor Mario Aristizábal Muñoz fue elegido como gobernador del Departamento de Caldas para el periodo 2008-2011 y tomó posesión del cargo el 1 de enero de 2008¹⁷. La Contraloría General de la República, el 12 de abril de 2011, abrió el proceso de responsabilidad fiscal No. 001 de 2011 en el que lo vinculó y, mediante Auto 56 de 16 de septiembre 2011, decretó la medida cautelar consistente en la suspensión inmediata de su cargo la cual se hizo efectiva a partir del 21 de septiembre de 2011, cuando le faltaban un poco más de 3 meses para terminar su periodo¹⁸. Esa suspensión le ocasionó un daño comoquiera que su gestión como gobernador fue interrumpida y dejó de percibir los salarios y prestaciones por el tiempo restante¹⁹.

40. En su recurso de apelación, la parte actora alega que, a diferencia de lo expuesto por la primera instancia, la Contraloría General de la República incurrió en una falla del servicio cuando lo suspendió porque la

¹⁶ "El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."

¹⁷ Folio 20 del cuaderno de pruebas.

¹⁸ Folios 44 a 50 del Cuaderno principal y 20 del cuaderno de pruebas.

¹⁹ Folio 20 del cuaderno de pruebas.

medida cautelar 1) no era necesaria, 2) no cumplió con los requisitos y, en todo caso, 3) escondía un móvil diferente al legalmente permitido. La Sala se pronunciará frente a cada uno de los aspectos alegados por el apelante.

41. 1) Para el apelante, la medida de suspensión provisional no era necesaria. Revisado el Auto No. 56 de 16 de septiembre de 2011, adoptado por la entonces Contralora General de la República se advierte que la entidad simplemente señaló que se <<infería>> la manipulación probatoria y que <<pudo haber>> modificación documental. Lo anterior, permite concluir que no quedaron acreditados los móviles para la suspensión del cargo de gobernador del señor Mario Aristizábal Muñoz. Además, aunque se sugirió una manipulación probatoria, la Contraloría no desplegó la actividad argumentativa y probatoria idónea y suficiente que permitiera arribar a esa conclusión y se limitó a indicar que <<pudo haber>> modificación documental.

42. Adicionalmente, la Contraloría tampoco explicó por qué existiendo otras medidas menos lesivas para proteger el acervo probatorio²⁰ decidió ejercer la suspensión provisional que, sin duda, afectaba seria, grave e inmediata los derechos del señor Mario Aristizábal Muñoz. Incluso, en este punto se resalta que el Auto 56 de 2011 no explica que se hubiera, si quiera, intentado agotar esos medios y que los mismos hubieran resultado insuficientes.

43. Lo expuesto, le permite a la Sala concluir que la medida no resultó necesaria y que le asiste razón al apelante frente a este aspecto.

44. 2) Según el apelante, la medida de suspensión no cumplió con los requisitos legales. El apelante afirmó que la medida no fue transitoria porque cuando se terminó su periodo, él continuaba suspendido. Frente a este punto se destaca que, resulta evidente, más allá de lo expuesto en la tutela T 416 de 2006, que la suspensión debe tener un carácter provisional. Justamente, se trata de una medida cautelar que se caracteriza por su carácter precario.

45. En este caso, la decisión de suspensión se adoptó el 16 de septiembre de 2011 con el fin de salvaguardar el recaudo probatorio²¹. La medida se

²⁰ <<Ley 610 de 2001 (...) Artículo 29. Aseguramiento de las pruebas. El funcionario de la Contraloría en ejercicio de las facultades de policía judicial tomará las medidas que sean necesarias para asegurar que los elementos de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos. Con tal fin podrá ordenar entre otras las siguientes medidas: disponer vigilancia especial de las personas, de los muebles o inmuebles, el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético.>>

²¹ En ese acto, expresamente se indicó: "La Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, efectuará seguimiento al cumplimiento de lo ordenado en esta Resolución e informará a la

hizo efectiva desde el 21 de septiembre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 fecha en que terminó el periodo electoral del actor y esa decisión perdió su fuerza ejecutoria por desaparecer sus fundamentos fácticos. Es decir, la medida estuvo vigente por un término aproximado de 3 meses y 10 días. Para la Sala, la medida, en este caso, aunque duró un tiempo razonable, no fue transitoria para el demandante, comoquiera que luego de esta no volvió a ocupar su cargo como gobernador.

46. 3) Finalmente, para el apelante, la medida de suspensión escondía un móvil diferente al legalmente permitido. Aunque la parte apelante afirmó en el recurso de apelación que el verdadero móvil de suspenderlo fue *“influir en las elecciones regionales que se acercaban y (...) hacerle un grave daño a la imagen y honra”* lo cierto es que ello no constituye más que una afirmación carente de todo sustento probatorio y por tanto, en este punto, no le asiste razón al apelante.

47. Resueltos los puntos de inconformidad del recurso, es posible concluir que la medida de suspensión provisional impuesta resultó desproporcionada porque, en el acto de suspensión, no quedó suficientemente acreditada la supuesta manipulación probatoria, no se demostró que los otros medios que existían para proteger las pruebas y que resultaban menos lesivos no hubieran sido idóneos y, finalmente, el actor no pudo, después de decretada la medida provisional, ejercer nuevamente su cargo como Gobernador. Por lo expuesto, en los términos que fue decretada y ejecutada la medida de suspensión provisional, constituyó un daño antijurídico a la parte actora que deberá ser reparado.

2.2.2 Vinculación a un proceso de responsabilidad fiscal

48. La Sala sostendrá que, por regla general, una investigación de tipo penal, disciplinario o fiscal constituye una carga que los ciudadanos deben soportar con el fin de que el Estado pueda esclarecer los hechos y conductas que amenacen determinados bienes jurídicos tutelados y, en consecuencia, pueda impartir justicia y consolidar un Estado de derecho. En ese sentido, la mayoría de veces, es posible concluir que tales investigaciones no constituyen daños antijurídicos que deban ser reparados sino justamente actuaciones tendientes a dirimir controversias y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. No obstante, existen situaciones que rebasan lo que, normalmente, debe soportarse cuando se es investigado por una autoridad del Estado.

49. En el caso concreto, la Sala, al igual que el Tribunal de primera

Contralora General de la República cuando culmine la etapa probatoria del proceso de responsabilidad fiscal o cuando las circunstancias hagan procedente el levantamiento de la medida.

instancia, considera que la vinculación al proceso fiscal del Mario Aristizabal Muñoz no constituyó una afectación desproporcionada que deba ser reparada si se tiene en cuenta que no está demostrado que esa investigación hubiera resultado injusta.

50. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en efecto, el Auto No. 204 de 27 de marzo de 2015, que ordenó el archivo de la investigación y la cesación de la acción fiscal, concluyó que sí existió el detrimento patrimonial²², sin embargo, en virtud del pago ordenó la cesación.

51. Se alega en el recurso de apelación que, aunque es cierto que el archivo de la investigación se dio por el pago, lo cierto es que el pago lo realizó Susuerte S.A. que también estaba vinculada al proceso de responsabilidad fiscal, lo que sugiere que era esa parte la responsable del detrimento patrimonial y no el actor.

52. Frente a esa alegación se debe indicar que el acto administrativo que definió el proceso de responsabilidad fiscal no concluyó que el señor Mario Aristizábal Muñoz no hubiera sido responsable del detrimento patrimonial y, en todo caso, tampoco se allegaron pruebas a este expediente que así lo hubieran demostrado, teniendo en cuenta que el objeto del juicio de responsabilidad fiscal se agotó con el pago. Al respecto, debe recordarse que la responsabilidad fiscal no es un juicio de reproche personal que deba llegar necesariamente hasta la determinación de las responsabilidades personales, ya que su finalidad es únicamente resarcitoria, razón por la cual, una vez se encuentra que el daño ha sido reparado, independientemente de la causa de ello, el proceso debe cesar, como ocurrió en este caso. Es decir que, de la cesación del juicio de responsabilidad fiscal por reparación del daño no es posible concluir, como lo pretende el actor, que su vinculación al juicio fiscal hubiera sido injusta. Incluso, las pruebas dan cuenta que él sí estuvo involucrado en lo relativo al detrimento, en efecto:

53. En el Auto 204 de 27 de marzo de 2015, que ordenó el archivo y cesación de la acción fiscal por pago, se precisó que el señor Mario Aristizábal Muñoz era miembro de la junta directiva de EDSA para la época de los hechos.

²² Al menos, frente a dos hechos generadores de detrimento: 2. La disminución injustificada de los derechos de explotación y gastos de administración del contrato de concesión No. 1 de 2006 en virtud de la modificación introducida por el acta de interpretación bilateral suscrita el 9 de septiembre de 2010 y 3. El pago inoportuno de los derechos de explotación y gastos de administración del contrato, así como la liquidación incorrecta de los anticipos del contrato, generaron intereses moratorios que no fueron pagados por el concesionario, por tanto se causó un daño al patrimonio público, según lo establecido en el informe técnico rendido por los profesionales Jorge Enrique Solano y Mónica Patricia Cortes Chaves, funcionarios de la Contraloría General de la República, quienes establecieron el impacto de las modificaciones del contrato de concesión en los derechos de explotación y gastos de administración, impacto del acta de interpretación bilateral del contrato de concesión e intereses moratorios. Hechos generadores por los cuales, de acuerdo con el Auto 3199 de 12 de abril de 2011 (visible en cd proceso de responsabilidad fiscal), en efecto, fue vinculado el señor Mario Aristizábal Muñoz.

54. Además, se explicó que hubo un detrimento por una errónea interpretación del contrato de concesión. Al respecto, señaló que EDSA y SUSUERTE el 9 de septiembre de 2010 suscribieron el acta denominada “interpretación bilateral del contrato de concesión” que efectuó una “interpretación que no se ajuste a la normatividad vigente para la época de suscripción de la citada acta de interpretación, en que, el Decreto 1350 de 2003 (...) en su artículo 2 define que los ingresos brutos son el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego. Así igualmente, en el mismo artículo especificó que: “apuesta”, es el valor pagado por el apostador sin incluir el valor del IVA”. Específicamente, sobre la configuración del daño patrimonial esa decisión señaló:

“Es por lo anterior que, el Despacho considera que al haberse calculado y pagado por concepto de Derechos de Explotación una suma inferior a la realmente debida, producto de haber aplicado la fórmula contenida en el acta de interpretación bilateral calendada el 9 de septiembre de 2010, esto es, calculándolos no sobre los ingresos brutos, sino después de IVA, lo que por obvias razones reducía la base y por ende, el valor de aquellos, se configuró un daño patrimonial a los intereses de la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CLADAS, estimada en la suma no indexada de (...) \$ 1.941.074.092 (...)”

55. De igual forma, se explicó también, que el detrimento patrimonial se generó porque se ocasionaron intereses moratorios que no fueron pagados. Puntualmente precisó:

“Teniendo en cuenta que se presentaron algunos pagos que no correspondía a lo establecido en las normas, ya sea por cálculo de los anticipos o por incumplimientos de las fechas establecidas, era necesario que el concedente cobrara al concesionario sumas por conceptos de intereses moratorios (...)

Ahora bien, en cuanto al daño causado por el no pago de los intereses moratorios derivados del pago inoportuno de derechos de explotación, se estima en la suma de (...) \$ 109.682.519. Y por los intereses generados por el pago inoportuno de los gastos de administración, se calculan en la suma de (...) \$ 212.093)”

56. En consecuencia, de lo probado en el expediente, se tiene que el actor, como miembro de la junta directiva de EDSA, tenía relación con el detrimento patrimonial causado por la interpretación del contrato y por el no pago de intereses moratorios y el proceso, frente a estos dos aspectos, no se cerró por inexistencia sino, se insiste, por pago. Adicionalmente, aunque, en el recurso de apelación alega que sus acciones no fueron constitutivas de daño fiscal lo cierto es que la actuación administrativa concluyó, de manera preliminar, algo diferente y, en todo caso, tampoco es cierto, como se sugiere, que la Contraloría General de la República haya definido que él único involucrado hubiera sido SUSUERTE S.A. Tampoco es válido inferir que el hecho de SUSUERTE S.A. hubiera hecho el pago, resulte indicativo de que era el único vinculado que provocó el detrimento patrimonial. En este caso, como se explicó, lo ocurrido fue que el ente fiscal

determinó la existencia un detrimento patrimonial y, ante el pago, decidió terminar el procedimiento de responsabilidad por haber agotado su objeto, sin haber llegado a definir que, en efecto, SUSUERTE S.A. fue la única responsable.

57. Por lo expuesto, la Sala concluye que, respecto de este daño, consistente en la vinculación, a juicio del actor, desproporcionada, a la investigación fiscal, los argumentos del recurso de apelación no están llamados a prosperar y que, en esa medida, no es posible establecer, como se pretende en la apelación, que la Contraloría General de la República cuando abrió la investigación y, posteriormente, la archivó y ordenó la cesación por pago y cuando lo suspendió hubiera actuado irregularmente.

58. Finalmente, la Sala estima importante señalar que, al estudiar este daño a través del daño especial, al igual que la primera instancia concluye que no se rompió la carga que debía soportar el señor Mario Aristizábal por ser un funcionario público y un gestor fiscal, comoquiera que, él, al igual que todos los que están en esa condición, pueden ser objetos de investigaciones fiscales con el fin de esclarecer si, en efecto, existió o no un daño patrimonial. En el presente caso, con la investigación adelantada por la Contraloría quedó demostrado que el detrimento patrimonial sí existió, sin embargo, justamente, en virtud de ese proceso de responsabilidad se logró resarcir el daño y con ocasión de ello cesó la acción fiscal. En ese orden, no resulta desproporcionado que, el actor hubiera sido investigado; quizá sería distinto si después de adelantar la investigación y suspenderlo, el proceso de responsabilidad se hubiera archivado por inexistencia del detrimento patrimonial. En consecuencia, en este caso, no está probada la anormalidad, gravedad y desproporción en la afectación que requiere este título. Además, si bien se sugiere que por esa investigación el actor perdió la posibilidad de lograr una curul en el congreso ello no quedó probado.

59. Tampoco puede asimilarse lo ocurrido en un *proceso penal* con la privación de la libertad y, posterior absolución, con un *proceso fiscal*, la investigación que acarrea y, posterior archivo. Los dos procesos tienen un objeto y una afectación diferente.

60. En el primero, el objeto es establecer, más allá de toda duda razonable, si una persona es o no responsable de la comisión de un delito, es decir, el fin mismo es la valoración de las conductas y de los actos del sujeto; además entre otras, se afecta la libertad que constituye, sin duda, uno de los bienes jurídicos protegidos de más alto valor dentro de una sociedad. En el segundo, el objeto NO es determinar la responsabilidad personal de una persona, sino lograr reparar un detrimento patrimonial. Ahora bien, aunque, para determinar la procedencia de la declaratoria de

responsabilidad, se requiera revisar el elemento subjetivo ese no es el objeto del proceso; además, cuando se adelanta este tipo de investigaciones, no se afecta un valor supremo como es la libertad. Luego, no puede generalizarse y concluir que, en aquellos casos de responsabilidad fiscal en los que se absuelva al investigado, de manera automática se esté ante un daño antijurídico. Se insiste, que ese tipo de investigaciones pueden ser soportadas salvo que en, efecto, se muestre una ruptura de las cargas. Situación que, en este caso, no ocurrió.

61. En conclusión, la Sala negará la responsabilidad por la vinculación del actor a un proceso de responsabilidad fiscal. Sin embargo, declarará la responsabilidad de la Contraloría General de la República porque el decreto de la suspensión provisional en los términos ya explicados le causó un daño antijurídico al señor Mario Aristizábal Muñoz que no debía soportar. A continuación, pasa a revisarse lo relativo a lo perjuicios.

2.3 Análisis de perjuicios

62. De conformidad con las pretensiones y la estimación razonada de la cuantía el actor solicitó por **perjuicios materiales**: 1) lucro cesante derivado de los salarios que dejó de percibir por la suspensión provisional \$ 56.704.318. 2) lucro cesante derivado de la suma “que dejó percibir por no haberse presentado a la elección de Congreso de la República de Colombia para el periodo constitucional de 2014-2018” la suma de \$ 1.243.940.880. Además, solicitó “los **perjuicios morales** que sufrió el señor Aristizábal Muñoz, sus hermanos, su señora esposa e hijos de acuerdo al IURES JURIS”

63. Respecto del lucro cesante derivado de los salarios que dejó de percibir por la suspensión provisional, el actor aportó una certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa de la Gobernación de Caldas²³ de 4 de junio de 2015 según la cual “los salarios y bonificación especial, dejados de percibir por el señor Mario Aristizábal Muñoz (...) desde el 21 de septiembre al 31 de diciembre de 2010 (...) fue (...) \$ 56.704.318”²⁴. De igual forma, reposa el certificado expedido por el Técnico del Grupo de Gestión Administrativa de la Unidad de Gestión del Talento Humana según el cual, el último día pagado al actor fue el 20 de septiembre de 2011²⁵. Además, se certificó que los pagos que

²³ Folio 127 del expediente

²⁴ En esa certificación se estableció el siguiente cuadro:

| Concepto | Agosto | Septiembre 21-30 | Octubre | Noviembre | Diciembre |
|--------------------|----------------------|------------------|--------------|--------------|---------------|
| Sueldo | | \$ 2.977.907 | \$ 8.933.722 | \$ 8.933.722 | \$ 8.933.722 |
| Bonificación espe | \$ 11.911.629 | | | | \$ 11.911.629 |
| Prima nav proporci | | | | | \$3.101.987 |
| Total devengos | \$ 56.704.318 | | | | |

²⁵ Folio 19 cuaderno de pruebas

se le hicieron en el mes de diciembre de 2011 y febrero de 2012 “correspondían al periodo laborado del 1 de enero de 2008 al 20 de septiembre de 2011²⁶”.

64. En consecuencia, por encontrarse probado el valor de los perjuicios, se procederá a su reconocimiento. En ese orden, actualizará los salarios y prestaciones dejados de percibir, de acuerdo con la fórmula establecida por esta Corporación²⁷. Aplicada la fórmula se tiene por estos perjuicios: \$ 107.154.607,70.

65. Respecto de lucro cesante derivado de la suma “que dejó percibir por no haberse presentado a la elección de Congreso de la República de Colombia para el periodo constitucional de 2014-2018”, la Sala no lo reconocerá porque, en primer lugar, se estima que no está probado que ausencia de postulación hubiera obedecido a la suspensión provisional. En segundo lugar, porque no está probado que, en efecto, de haber aspirado hubiera sido electo. En suma, ello no deja de ser más que una afirmación sin sustento por parte del actor. En el expediente no reposan pruebas tendientes a demostrar lo alegado.

66. Finalmente, respecto de los perjuicios morales derivados de la suspensión provisional, la Sala los negará porque, en el expediente, no hay pruebas que acrediten el padecimiento y la congoja que le causó al actor la suspensión provisional. Incluso, se resalta que el actor no pidió pruebas testimoniales y que, en esa medida, en la audiencia inicial, por parte de la parte demandante, únicamente se decretaron las documentales²⁸

2.3 Sobre la condena en costas

67. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA²⁸ y el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso²⁹, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

DECISIÓN

²⁶ Folio 8 cuaderno de pruebas

²⁷ Valor actualizado = valor histórico (IPC final / IPC inicial);

| | VALOR HISTÓRICO | IPC INICIAL | IPC FINAL - JUN 2024 | AVALOR ACTUALIZADO |
|--------|-------------------------|-------------|----------------------|--------------------------|
| ago-11 | \$ 11,911,629.00 | 75.39 | 143.38 | \$ 22,654,057.12 |
| sep-11 | \$ 2,977,907.00 | 75.62 | 143.38 | \$ 5,646,288.09 |
| oct-11 | \$ 8,933,722.00 | 75.77 | 143.38 | \$ 16,905,332.72 |
| nov-11 | \$ 8,933,722.00 | 75.87 | 143.38 | \$ 16,883,050.75 |
| dic-11 | \$ 23,947,338.00 | 76.19 | 143.38 | \$ 45,065,879.02 |
| | \$ 56,704,318.00 | | | \$ 107,154,607.70 |

²⁸ En el acta de la audiencia inicial se registró: “PRUEBAS (...) 6.1 Parte demandante: Hasta donde la ley lo permita, téngase como pruebas el material documental acompañado con la demanda. No se realizó petición de pruebas” Fl. 237 Cuaderno principal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de 21 de febrero de 2019, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones y, en consecuencia:

SEGUNDO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la Contraloría General de la República por la suspensión provisional decretada en contra del señor Mario Aristizábal Muñoz, identificado con CC 10.237.897 en su condición de Gobernador de Caldas.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la Contraloría General de la República a indemnizar al demandante, por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante, la suma de \$ 107.154.607,70.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: SIN CONDENA en costas

SEXTO: EJECUTAR esta sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia, **EXPEDIR** copia de la Sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso. Para tal efecto, el Tribunal de instancia cumplirá las previsiones del artículo 329 de la misma norma.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
ACLARA VOTO

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
IMPEDIDO

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA