

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP077-2019

Radicación N°. 102270

Acta 5

Bogotá, D.C., quince (15) de enero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación propuesta por DIEGO IGNACIO ARENAS, contra el CONTRALOR DELEGADO INTERSECTORIAL 12 DEL GRUPO PARA EL CONOCIMIENTO Y TRÁMITE DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, adscrito a la UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN y el CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

Trámite al cual se vinculó a los restantes investigados dentro del proceso de responsabilidad fiscal seguido contra el accionante.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

Así los expuso el Tribunal a quo:

El señor DIEGO IGNACIO ARENAS acudió a la acción de tutela contra los mencionados funcionarios, con base en los hechos que la Sala, tras examinar toda la información acopiada, sintetiza de la siguiente forma:

1. El día 21 de diciembre de 2010, Empresas Públicas de Receptor SAS E.S.P. celebró el contrato de obra N° EPR 0008 con la Unión Temporal Nuevo Desarrollo Urbano del Recetor Uno para la Construcción del sistema de acueducto y 54 sistemas individuales de abastecimiento y potabilización de aguas, cuya interventoría estuvo a cargo del Consorcio D&A por él representado.
2. Pese a que el mencionado contrato se terminó debido a presiones del ELN, el contralor delegado intersectorial 12 del Grupo para el Conocimiento y Tramité del Proceso de Responsabilidad Fiscal, adscrito a la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, mediante el auto N° 1443 del 4 de septiembre de 2013, dispuso la apertura del proceso de responsabilidad fiscal N° 085 contra él y otras personas que participaron en el mencionado convenio.
3. El contralor delegado intersectorial 12, mediante el auto N° 1082 del 26 de julio de 2018, lo declaró fiscalmente responsable en cuantía de \$3.347.598.634,50.
4. El día 2 de agosto de 2018, solicitó nulidad de lo actuado, toda vez que no fueron tenidas en cuenta las pruebas por él solicitadas el 15 de junio de 2018.
5. El contralor delegado intersectorial 12, por medio del auto N° 1166 del 22 de agosto de 2018, rechazó la solicitud de nulidad por considerarla extemporánea.
6. El contralor general de la república, al resolver el recurso de apelación por él interpuesto, mediante auto N° 202 del 30 de agosto de 2018, confirmó la decisión del 26 de julio de 2018.
7. En tal virtud, pretende que, a través de esta acción, se declare la nulidad del proceso de responsabilidad fiscal N° 085, a fin de que se lleve a cabo un procedimiento

acorde a las normas, dentro del que renunciaría a la prescripción por el término de 6 meses.

## EL FALLO IMPUGNADO

La primera instancia negó el amparo invocado, al considerar que el accionante debía cuestionar el auto N° 202 del 30 de agosto de 2018 por medio del cual se confirmó el N° 1082 del 26 de julio del mismo año, ante la jurisdicción contencioso administrativa, donde tiene la posibilidad de solicitar la aplicación de medidas cautelares contra el acto criticado.

Agregó que no se demostró de qué manera estaban siendo afectados sus derechos y tampoco acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

## LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por DIEGO IGNACIO ARENAS. Quien expresó que por su avanzada edad no puede esperar que se dé trámite a un proceso que puede durar entre 5 o 7 años, aunado a ello su condición financiera es precaria, y está al borde de una quiebra como persona natural, con riesgo de no poder satisfacer las necesidades básicas de su familia y propias.

Agregó que sus cuentas fueron embargadas y no ha podido cancelar la última declaración ante la DIAN. Además, su estado de salud ha empeorado debido a la situación que está atravesando.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la impugnación instaurada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.
2. Sobre el debido proceso administrativo.

El artículo 29 de la Constitución establece el debido proceso como una garantía fundamental de quienes intervienen en actuaciones tanto judiciales como administrativas. Del mismo modo, ordena a la Administración que vele por la protección de tal axioma, a través del respeto de las formas definidas por el ordenamiento jurídico, de los principios de contradicción e imparcialidad y además, garantizando que las decisiones se emitan con acatamiento de las etapas y los procedimientos señalados en las disposiciones pertinentes con el fin de que sus actos no resulten en contravía de éstas, ni del ordenamiento superior (Cfr. CSJ STP, 08 Ago. 2012, Rad. 61485, entre otras).

En esa línea, en decisión T-571 de 2005, dijo la Corte Constitucional que:

El derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual tengan derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

A pesar de lo anterior, puede darse el caso de que la administración al adelantar una actuación o al expedir un acto propio de esta naturaleza, desconozca alguno de los procedimientos establecidos y con ello vulnere el debido proceso. Para esta clase de situaciones, el ordenamiento jurídico ha previsto medios ordinarios de defensa para atacar esas decisiones y restablecer los derechos que hayan sido afectados, de lo cual se deriva la subsidiariedad de la acción de amparo en cuanto a las actuaciones de la administración se refiere.

Así, cuando el demandante en tutela cuenta con medios ordinarios de defensa o no acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable, debe declararse improcedente el amparo constitucional, atendiendo al carácter residual de la acción de tutela.

3. La solución del caso.

En el presente evento, DIEGO IGNACIO ARENAS acude a la acción de tutela en procura del amparo de sus derechos fundamentales, en razón a que mediante Auto del 30 de agosto de 2018 el Contralor General de la República confirmó la decisión del 26 de julio de ese mismo año, mediante el cual se declaró su responsabilidad fiscal como miembro y representante legal del consorcio interventor del contrato de Obra EPR008 entre la Unión Temporal Nuevo Desarrollo Urbano Recetor Uno y las Empresas Públicas de Recetor S.A.S. E.S.P. para la “Construcción 54 Sistemas Individuales de Abastecimiento y Potabilización de Agua para Uso Humano en Población dispersa en el área rural del municipio de Recetor, departamento del Casanare”.

Al respecto, la Corte considera, que el camino al que debió concurrir el accionante, es al de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

En el caso examinado, el accionante no acreditó ni lo advierte la Sala, que se encuentre en una precaria situación, ocasionada y, en tal virtud, no se hace forzosa la intervención temporal del juez constitucional.

Con todo, advierte la Corte que el acto administrativo mediante el cual se confirmó la decisión de declarar responsable fiscalmente al accionante puede ser controvertido a través del «medio de control» de nulidad y restablecimiento del derecho (Art. 138 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-). El cual cuenta con un término de caducidad de 4 meses (Art. 164-2-D) y a la fecha el accionante ha omitido hacerlo.

Debe tenerse en cuenta, que el plazo antes mencionado no ha vencido, por lo que tampoco

se habilita al accionante a propiciar este debate a través de la acción de tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio, pues para acceder al amparo bajo esa modalidad es necesario que el interesado haya hecho uso adecuado de todos los medios dispuestos por el legislador.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>2</sup>, el cual no fue acreditado en este evento, pues el accionante se limitó a hacer mención de su precaria situación económica pero no demostró siquiera sumariamente su afectación.

De manera que, la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por DIEGO IGNACIO ARENAS es el juez contencioso administrativo, quien previa demanda –si lo estima pertinente– podrá decretar la nulidad de la decisión confundida y reestablecer su derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011<sup>3</sup>.

En efecto, en la actuación contencioso administrativa el actor puede incoar el decreto de medidas cautelares, respecto de las cuales ha indicado la Corte Constitucional sobre su efectividad, lo siguiente:

En materia de la efectividad del amparo que pueda conceder el decreto de una medida cautelar al interior de un proceso contencioso administrativo, es importante resaltar que el artículo 234 establece las medidas cautelares de urgencia, las cuales podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se evidencie que por la urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

A partir de la normatividad expuesta, es posible concluir que las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas, pero que pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela (art. 86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran los elementos que demuestran la existencia del perjuicio irremediable. (CC T-733/14). (Negrilla fuera de texto).

Entonces, se le advierte al demandante que la acción constitucional por su carácter residual, no sirve de instrumento paralelo o alternativo a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, ni puede ser considerada como una instancia adicional. Su procedencia depende precisamente de la ausencia de esas herramientas o de su ineficacia para la efectiva protección de los derechos invocados en el libelo constitucional correspondiente.

Además, de la delimitación del problema jurídico se descarta la materialización de un perjuicio irremediable que imponga la intervención del juez de tutela. En efecto, la discusión sobre la declaración de responsabilidad fiscal de DIEGO IGNACIO ARENAS no demuestra la inminencia de un daño que, excepcionalmente, habilite la procedencia del amparo.

Ahora bien, si lo que pretende el accionante es la revocatoria de la referido auto del 30 de agosto de 2018, debe acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, donde tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos de ese acto administrativo, a voces del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo<sup>4</sup>, petición que en virtud del artículo 233 ejusdem se puede resolver desde la admisión de la demanda<sup>5</sup>. Incluso existen las medidas cautelares de urgencia<sup>6</sup>.

Sobre la medida de suspensión provisional del acto administrativo la Corte Constitucional, en sentencia SU-355/15, expuso lo siguiente:

La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la



vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación (énfasis fuera del original).

Entonces, la mencionada medida transitoria de protección de los derechos ante la jurisdicción administrativa está contemplada, precisamente, para contener el potencial perjuicio que se pueda presentar con ocasión de la emisión del acto controvertido y, por ende, la existencia de tal mecanismo de defensa impone la improcedencia de la tutela, incluso, como medio de protección transitorio, pues la suspensión provisional en la vía contenciosa guarda identidad con la acción de amparo respecto de los efectos de protección de derechos presuntamente vulnerados (ver, en ese sentido, CSJ STP14867 - 2017 y CSJ STP13688 - 2017).

Ahora, en lo que respecta al perjuicio irremediable se debe tener en cuenta que es aquel que genera una situación fáctica que resulta físicamente imposible de retrotraer, produciendo efectos fatales, irremovibles e irrecuperables. Se caracteriza por ser: i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. (Sentencias CC T-225/93, CC SU544/01, CC T-1316/01, entre otras).

Además, la Corte Constitucional expuso que la tutela procede como mecanismo transitorio encaminado a evitar la materialización de un perjuicio irremediable, cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

(i) la edad para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) la condición física, económica o mental; (iii) el grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) la existencia previa del derecho y la acreditación

por parte del interesado de la presunta afectación; y (v) el despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos. (CC T-083/07, negrillas fuera del original).

Del mismo modo, en decisión T-229/17 dijo:

Pero no basta manifestar la existencia del perjuicio irremediable, sino que es necesario, para que la tutela sea procedente como mecanismo transitorio, que el perjuicio esté demostrado. Sobre este preciso punto la Corte ha sido clara en señalar que el juez constitucional no está facultado para conceder el amparo transitorio, si el perjuicio que habilita a concederlo, no está suficientemente probado (destaca la Sala).

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones ajenas que no le están permitidas conocer; pues es ante el juez natural, donde el demandante puede plantear su inconformidad, expresar las razones de su desacuerdo y solicitar las medidas cautelares que considere necesarias.

Así las cosas, no puede la accionante a través de la acción de tutela pretender la definición de un asunto que no ha sido zanjado aun por parte del juez natural al que le corresponde por ley determinar el curso de sus pretensiones u oposiciones, de cara a establecer si existió o no responsabilidad fiscal por parte del accionante.

Es que, valga enfatizar, si la tutela no se puede utilizar como medio alternativo de defensa, hizo bien el Tribunal a quo en negar el amparo, recordándole a la demandante que no puede pasar por alto la existencia de esas vías judiciales ordinarias, que ni siquiera han sido activadas para solucionar el conflicto derivado del auto mediante el cual se confirmó la decisión de declararlo responsable fiscalmente.

Además, no se puede pretender quien acciona que el juez de tutela asuma facultades que

no tiene, como la de pronunciarse sobre aspectos que, hoy por hoy, son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y no de la jurisdicción constitucional.

Por consiguiente, como quiera que resulta innegable la presencia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial alternos y que al juez constitucional no le es dable desplazar al juez natural, se descarta de plano en este asunto la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo.

Por las razones expuestas en precedencia y, como no se avizora en el caso un perjuicio irremediable, la acción de tutela, por su carácter subsidiario, debe ceder ante la posibilidad de que el demandante controvierta por la vía administrativa el acto administrativo cuestionado, lo que impone negar el amparo constitucional invocado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA NO. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en esta providencia.

NOTIFICAR esta decisión, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1       ARTICULO       32.-Trámite       de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación       el juez remitirá el expediente dentro de los dos días       siguientes al superior jerárquico correspondiente.

2       Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...)Para       determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta       la presencia concurrente de varios elementos que configuran su       estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la       urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la       impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la       protección inmediata de los derechos constitucionales       fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de       relieve la necesidad de considerar la situación fáctica       que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio       y como medida precautelativa para garantizar la protección de       los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.

3       Código       de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4       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.

5 Cfr. en ese sentido, decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad. 2015 - 044 del 9 de abril de 2015.

6

ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.