

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara el derecho al debido proceso / ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO - Improcedente para solicitar el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal / ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO - Improcedente para establecer el alcance y la vigencia de la normatividad / DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO - No se configura porque no se demostró omisión en el trámite procesal de la acción de cumplimiento / DEFECTO SUSTANTIVO - Se configura por error en la interpretación respecto a la norma de regulación de la acción de responsabilidad fiscal

[L]a parte actora [no invoca] la pretermisión de alguna etapa procesal y tampoco está demostrado que el trámite de la acción en la Sección Quinta del Consejo de Estado se desarrolló con desconocimiento de la ritualidad procesal prevista en la Ley 393 de 1997, el cargo por defecto procedimental no está llamado a prosperar. (...). [R]especto de la improcedencia de la acción de cumplimiento por la naturaleza procesal de las normas citadas como incumplidas, es preciso señalar que las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal si bien no son actuaciones judiciales, si son procedimientos administrativos reglamentados y sometidos al desarrollo de etapas, cuyo trámite no puede ser impulsado o gestionado mediante la interposición de acciones de cumplimiento. Por lo anterior la Sala considera que la acción judicial accionada si incurrió en defecto sustantivo al conceder la acción de cumplimiento promovida en contra de la Contraloría General de la República, por cuanto ésta es improcedente toda vez que no es viable acudir a esta acción constitucional para coaccionar al órgano de control fiscal a avanzar en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal. (...). [L]a acción de cumplimiento promovida por el señor [L.F.F.M.] también resultaba improcedente por cuanto a través de ella se buscaba establecer el verdadero alcance y la vigencia de las normas cuyo cumplimiento reclamaba, asunto para el cual no fue establecida la mencionada acción constitucional. (...). [E]ncuentra la Sala que, en efecto, existe un error en la interpretación que del artículo 45 de la Ley 610 efectuó la Sección Quinta del Consejo de Estado, lo que a su vez permite afirmar la configuración de un defecto sustantivo (...). De acuerdo con la regulación de la acción de responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000, el artículo 45 ibídem no fija el término de la indagación preliminar sino el plazo preclusivo, a partir de la apertura del proceso, que tiene el funcionario competente para adelantar las actividades de averiguación con base en las cuales debe resolver si archiva la misma o profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal. (...) Esta argumentación [efectuado en la sentencia acusada] está afectada por un defecto sustantivo puesto que, de acuerdo con la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en la indagación preliminar, así como en el desarrollo del proceso, es procedente decretar la práctica de pruebas, por lo que la supuesta inviabilidad de este acto procesal no podía ser el fundamento para desvirtuar la subrogación de las disposiciones invocadas en la acción de cumplimiento. (...). [L]a Sección Quinta del Consejo de Estado pasó por alto que para imponer el cumplimiento de una norma es necesario que sea lo suficientemente precisa y no exista ningún tipo de incertidumbre sobre su objeto, vigencia y exigibilidad, y que en el presente evento, el artículo 45 de la Ley 610, disposición cuyo cumplimiento solicitó el demandante [L.F.F.M.] a través de la acción de cumplimiento, no estaba vigente y, por tanto, no era exigible, en razón a que la regla que fijaba allí el término de duración de la investigación fue sustituida por la prevista en el artículo 107 de la ley 1474, al establecer un plazo de dos (2) años para la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de investigación.

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 9 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 13 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 24 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 32 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 39 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 40 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 6 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 42 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 45 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 46 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 47 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 48 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 50 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 51 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 52 / LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 59 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 99 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 100 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 107 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 108

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ), C.P. María Elizabeth García González. Sobre los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ver: Corte Constitucional, sentencia de 8 de junio de 2005, exp. C-590, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En relación con el defecto procedimental, ver: Corte Constitucional, sentencia de 25 de septiembre de 2012, exp. T-737, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Acerca de los eventos en los cuales se configura el defecto sustantivo, ver: Corte Constitucional, sentencia del 6 de marzo de 2002, exp. SU-159, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Con respecto al proceso de responsabilidad fiscal, ver: Corte Constitucional, sentencia de 26 de febrero de 2002, exp. C-131, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Igualmente, con respecto a las etapas del proceso de responsabilidad fiscal, ver: Corte Constitucional, sentencia de 31 de julio de 2013, exp. C-512, M.P. Mauricio González Cuervo. En cuanto a la finalidad y función de la acción de cumplimiento, ver: Corte Constitucional, sentencia de 15 de noviembre de 2001, exp. C-1194, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre la naturaleza y características del proceso de responsabilidad fiscal, ver: Corte Constitucional, sentencia de 9 de agosto de 2001, exp. C-840, M.P. Jaime Araujo Rentería. Con respecto al hecho de que la indagación preliminar no hace parte del proceso de responsabilidad fiscal, ver: Corte Constitucional, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. C-382, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Acerca del principio de interpretación del efecto útil de las normas, ver: corte Constitucional, sentencia de 3 de abril de 1992, exp. T-001, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y sentencia de 8 de junio de 2004, exp. C-569, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03829-00(AC)

Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCION QUINTA

La Sala decide la acción de tutela presentada por la **Contraloría General de la República** en contra de la **Sección Quinta del Consejo de Estado**, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016, que revocó el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, dentro de la acción de cumplimiento Nro. 25000-23-41-000-2016-01063-01.

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

La Contraloría General de la República fundamenta la solicitud de amparo en los siguientes hechos:

1. Señala que el señor Luis Fernando Feria Montes, en ejercicio del medio de control de cumplimiento, demandó que se declare que la Contraloría General de la República ha incumplido lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000¹, en el trámite de los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal y que, en consecuencia, se le ordene al ente de control que en los eventos en que se hubiere superado el término de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, de que trata el citado artículo 45, sin que se hubiere proferido auto de archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, proceda a dictar la providencia que corresponda, de acuerdo al artículo 46 *ibídem*.
2. Indica que el 16 de junio de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, negó por improcedente el medio de control de cumplimiento, al considerar que los artículos 45 y 46 de la Ley 610 no contienen un mandato imperativo en cabeza de la Contraloría General de la República, pues establecen que la prórroga del término depende de las circunstancias del caso concreto.
3. Sostiene que al resolver la apelación interpuesta contra la providencia anterior, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 16 de

¹ “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

agosto de 2016, revocó el fallo de primera instancia y ordenó a la Contraloría General de la República que *“mediante el mecanismo más célere y eficaz, informe a las dependencias encargadas del trámite de los procesos de responsabilidad fiscal que el artículo 45 de la Ley 610 de 2000 no fue subrogado por el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, por tanto, su aplicación y atención resulta de obligatorio cumplimiento, como también sucede con el artículo 46 de la misma Ley 610 de 2000”*.

4. Indica que la accionante solicitó adicionar y aclarar la sentencia de segunda instancia porque considera que dicha providencia omitió pronunciarse sobre i) los requisitos de procedencia de la acción de cumplimiento, ii) si los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 contienen o no un mandato claro, expreso y exigible y, iii) respecto del hecho consistente en que el accionante presuntamente sea apoderado en diversos juicios de responsabilidad fiscal.
5. Informa que, mediante auto del 15 de septiembre de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado no accedió a la anterior petición, por lo que la sentencia del 16 de agosto de 2016, quedó ejecutoriada el 3 de octubre del mismo año.
6. Afirma que, en la sentencia de 16 de agosto de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en **defecto procedimental absoluto** dado que no tuvo en cuenta que la acción de cumplimiento era improcedente por: i) la inexistencia de un mandato imperativo en los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000; ii) porque busca el cumplimiento de normas relacionadas con el desarrollo de un proceso; y iii) porque a través de la acción de cumplimiento el demandante buscó la satisfacción de intereses subjetivos que podían ser amparados mediante la acción de tutela.
7. Considera, igualmente, que la autoridad judicial accionada incurrió en **defecto sustantivo** toda vez que sostiene que en la indagación preliminar no se practican pruebas y, por ello, tal etapa debe adelantarse en el término perentorio de seis (6) meses, conforme lo establece el artículo 39 de la Ley

610 de 2000, pues considera que no es aplicable en esta etapa el artículo 107 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011².

Razona que el artículo 107 de la Ley 1474, modificó el término señalado en el artículo 45 de la Ley 610 de 2000, y añade que *“es advertible que el acaecimiento del término señalado no implica en modo alguno la pérdida de competencia de la autoridad fiscal para seguir tramitando el proceso de responsabilidad para establecer, a partir de las pruebas practicadas, si se cumplen los presupuestos para dictar auto de archivo o de imputación de responsabilidad fiscal”*.

Por último, sostiene que la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en **defecto sustantivo por desconocimiento de la jurisprudencia** de esa misma Sección y de la Sección Primera de ésta Corporación, a través de la cual se han definido los parámetros de interpretación y aplicación de la acción de cumplimiento.

II. PRETENSIONES

Con fundamento en lo anterior, el accionante formula las siguientes peticiones:

“[...] respetuosamente solicito al Honorable Consejo de Estado, TUTELAR el derecho fundamental AL DEBIDO PROCESO de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en el sentido de DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de segunda instancia proferida el 16 de agosto de 2016 por la SECCIÓN QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO.

En consecuencia, se disponga que dicha Corporación habrá de profiera (sic) una nueva sentencia acorde con el ordenamiento jurídico vigente en materia procedibilidad de la acción de cumplimiento y que tenga en cuenta las especificidades del control fiscal así como del procedimiento administrativo especial de responsabilidad fiscal”.

III. TRÁMITE DE LA TUTELA

La solicitud de tutela fue repartida a la Sección Quinta del Consejo de Estado, cuyos Magistrados manifestaron encontrarse impedidos para conocer de la misma por haber proferido la decisión judicial contra la cual se dirige la acción de amparo.

² *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

Aceptados los impedimentos, el Magistrado Sustanciador, mediante auto de 17 de marzo de 2017, inadmitió la acción de tutela ante el incumplimiento del requisito señalado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991³, y concedió un plazo de tres (3) días a la parte actora para que manifestara bajo la gravedad del juramento que no había presentado otra acción con base en los mismos hechos y derechos.

Luego de corregida la petición de amparo, por auto del 17 de abril de 2017 se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar a la Sección Quinta del Consejo de Estado y en la misma providencia se vinculó como tercero interesado en el proceso al señor Luis Fernando Feria Montes.

IV. INTERVENCIONES

IV. 1. Intervención de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

La doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Magistrada de la Sección Quinta del Consejo de Estado, solicitó que se niegue la acción de tutela, por cuanto los argumentos expresados por la accionante fueron examinados en la sentencia proferida por esa Sección el 16 de agosto de 2016, en la cual se concluyó que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 no subroga el contenido del artículo 45 de la Ley 610 de 2000, porque la ampliación del término no aplica para la etapa de indagación preliminar.

Agregó que, en la providencia judicial cuestionada, esa Sección también advirtió que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa, por lo que el demandante no cuenta con otro mecanismo de defensa para obtener la observancia de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000.

Sobre el argumento referido a que la pretensión del demandante estaba encaminada a satisfacer derechos subjetivos, resalta que al respecto, en la sentencia de 16 de agosto de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó que: *“como tal cumplimiento de términos no se expuso frente a ningún caso en particular, como ya se manifestó el presente pronunciamiento se hará de manera generalizada”*.

³ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

Concluye que la decisión judicial cuestionada no desconoce los derechos fundamentales de la accionante, por lo que solicita se niegue el amparo.

IV. 2. Intervención del señor Luis Fernando Feria Montes.

Sostiene que el actor se fundamenta en los mismos argumentos planteados en la solicitud de aclaración y adición de la sentencia.

Indica que la decisión judicial cuestionada no pone en riesgo la función de la Contraloría General de la República toda vez que el auto de archivo, en los términos del artículo 17 de la Ley 610 de 2000, no hace tránsito a cosa juzgada y la averiguación puede ser reabierta si aparecen nuevos elementos probatorios que acrediten la existencia de un daño patrimonial para el Estado.

Resalta que el incumplimiento constante de los términos procesales en el desarrollo de los procesos de responsabilidad fiscal constituye una violación del derecho al debido proceso, por cuanto en la práctica los procesos de responsabilidad fiscal son llevados hasta el límite de duración, es decir, al término de prescripción de cinco años.

IV. 3. Intervención del señor Robinson Luna Parra.

El señor Robinson Luna Parra expresa su deseo de coadyuvar la acción de tutela presentada por la Contraloría General de la República, sin embargo no acreditó las razones por las cuales tiene la condición de tercero con interés legítimo en los resultados de la acción de tutela.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

V.1.- Competencia

La Sala es competente para conocer en primera instancia la acción de tutela promovida por la **Contraloría General de la República** en contra de la **Sección Quinta del Consejo de Estado**, de conformidad con lo establecido en el artículo

37 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991⁴, en concordancia con el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015⁵.

V.2. Problemas Jurídicos.

Teniendo en cuenta la petición de tutela instaurada y las contestaciones que de la misma se hiciera, corresponde a la Sala establecer:

1. Si la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en **defecto procedimental absoluto** en la sentencia de 16 de agosto de 2016, porque consideró que la acción de cumplimiento promovida por el señor Luis Fernando Feria Montes cumplía los requisitos de procedibilidad.
2. Si la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la referida sentencia, incurrió en **defecto sustantivo** al afirmar: i) que el término consagrado en el artículo 45 de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000⁶ está referido a la etapa de indagación preliminar, y ii) que en ésta etapa preliminar de la acción de responsabilidad fiscal no se practican pruebas y, por tanto, no se aplica el artículo 107 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011⁷, y
3. Si la autoridad judicial accionada incurrió en **defecto sustantivo por desconocimiento de la jurisprudencia** de la Sección Quinta y de la Sección Primera del Consejo de Estado.

Previamente a resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala se pronunciará sobre los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y, posteriormente, analizará el caso concreto.

V.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Requisitos generales y especiales de procedibilidad.

⁴ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

⁵ "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho."

⁶ "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

⁷ "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

En sentencia de 31 de julio de 2012⁸, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió su postura inicial y decidió asumir el estudio de fondo de las acciones de tutela dirigidas contra providencias judiciales violatorias de derechos fundamentales siguiendo los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y su propia jurisprudencia.

Ahora bien, la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, estableció los siguientes presupuestos generales y especiales para que proceda la acción de tutela contra decisiones judiciales:

Como **requisitos generales de procedibilidad** fijó: **i)** la relevancia constitucional del asunto; **ii)** el agotamiento de todos los medios de defensa judicial, salvo la existencia de un perjuicio irremediable; **iii)** el cumplimiento del principio de inmediatez; **iv)** si se trata de una irregularidad procesal, que ésta tenga efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; **v)** la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y **vi)** que la acción no se dirija contra un fallo de tutela, salvo las excepciones previstas en la sentencia SU-627 de 2015.

Como **requisitos especiales** de procedencia del amparo, y que permiten al juez constitucional dejar sin efectos una providencia judicial⁹, la sentencia C-590 de 2005 estableció la existencia de los siguientes defectos:

1. **Defecto orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de jurisdicción o competencia para ello.
2. **Defecto procedimental absoluto**, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.
3. **Defecto fáctico**, que surge cuando la providencia judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, valora erradamente los elementos de juicio; o da por demostrada una situación fáctica sin existir evidencia probatoria de la misma.

⁸ Radicación: 2009-01328-01(IJ). Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

⁹ Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

4. **Defecto material o sustantivo**, existe cuando las decisiones se fundamentan en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
5. **Error inducido**, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por las partes o intervinientes y ese engaño lo llevó a tomar una determinación que afecta derechos fundamentales.
6. **Decisión sin motivación**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no expone los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada en la parte resolutive de la providencia judicial.
7. **Desconocimiento del precedente**, que se origina cuando el juez ordinario desconoce o limita el alcance dado por esta Corte Constitucional a una disposición constitucional o derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
8. **Violación directa de la Constitución**, que se presenta cuando la actuación de la autoridad se opone de manera directa a las normas establecidas en la Constitución Política.

V.4. El caso concreto

La Contraloría General de la República considera que la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, proferida el 16 de agosto de 2016, que resolvió la acción de cumplimiento Nro. 25000-23-41-000-2016-01063-01, vulnera su derecho fundamental al debido proceso porque incurre en los defectos **procedimental absoluto** y **sustantivo** por la errada interpretación de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 y 107 de la Ley 1474 de 2011.

El ente de control sostiene que el defecto **procedimental absoluto** se configura porque la Sección Quinta del Consejo de Estado no tuvo en cuenta que el medio de control de cumplimiento era improcedente por cuanto los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 no contienen un mandato imperativo, y en tanto que, para imponer la observancia de reglas de procedimiento, el demandante puede acudir a

otros recursos en el desarrollo de cada actuación procesal, poniendo de relieve que lo que busca el demandante en la acción de cumplimiento, es la satisfacción de intereses subjetivos que podían ser amparados mediante la acción de tutela.

Igualmente, afirma que la sentencia de 16 de agosto de 2016 está afectada por el **defecto sustantivo** toda vez que se funda en una errada interpretación de los artículos 45 de la Ley 610 de 2000 y 107 de la Ley 1474 de 2011, y desconoce la jurisprudencia de esa misma Sección y de la Sección Primera de ésta Corporación, a través de la cual se han definido los parámetros de interpretación y aplicación de tal medio de control.

La **Sección Quinta del Consejo de Estado** solicita se niegue la tutela, porque en la decisión cuestionada si se examinaron los presupuestos de procedibilidad de la acción de cumplimiento y, al hacerlo, esa Sección determinó que la obligación contenida en el artículo 45 de la Ley 610 de 2000 es exigible, dado que no fue subrogada por el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011.

La autoridad accionada agregó que en el fallo se señaló que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa por lo cual el demandante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para obtener la observancia de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, y puso de presente que el incumplimiento normativo no se planteó respecto de algún caso específico sino de manera generalizada, y así fue examinado por la Sección.

Por su parte, el señor **Luis Fernando Feria Montes**, demandante dentro del medio de control de cumplimiento, indicó que la Contraloría General de la República busca, a través de la acción de tutela, que se le resuelvan las aclaraciones que fueron denegadas dentro del referido proceso. Añadió que la decisión judicial cuestionada no afecta el cumplimiento de la función de ese ente de control porque el auto de archivo no hace tránsito a cosa juzgada y en tanto que el proceso puede ser reabierto si surgen nuevos elementos de juicio.

A partir de lo anterior se procederá a examinar si, en el presente evento, se cumplen los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

V.4.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

En relación con tales requisitos, se tiene que el asunto planteado en la solicitud de tutela tiene relevancia constitucional en cuanto implica la presunta afectación del derecho al debido proceso al haber accedido a las pretensiones del demandante en el medio de control de cumplimiento Nro. 25000-23-41-000-2016-01063-01, incoado en contra de la accionante.

Para reclamar la protección de sus derechos frente a la decisión adoptada, en segunda instancia, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 16 de agosto de 2016, la Contraloría General de la República no tiene otro medio de defensa judicial, de modo que se cumple el requisito de subsidiariedad.

Del mismo modo, se atiende al presupuesto de inmediatez teniendo en cuenta que la solicitud de amparo frente a la mencionada providencia judicial se radicó en un término razonable, esto es, pasados menos de tres (3) meses de la ejecutoria de la providencia censurada.

De otra parte, la acción de tutela no se dirige contra un fallo dictado en una acción de la misma naturaleza, y en el escrito la Contraloría General de la República identifica los supuestos fácticos que, en su criterio, generan la afectación sus derechos fundamentales.

Establecido el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, la Sala pasa a examinar si concurre alguno de los yerros que la accionante atribuye a la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

V.4.2. Examen del defecto procedimental absoluto

La Contraloría General de la República sostiene que se configura un **defecto procedimental**, respecto del cual la jurisprudencia constitucional¹⁰ ha determinado que este puede presentarse en dos tipologías, a saber:

“(i)de carácter absoluto, que se presenta cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso

10 Sentencia T-737 de 2012. Corte Constitucional. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

*ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial de éste, caso en el cual afecta directamente el derecho al debido proceso, o cuando escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables a un caso concreto; y, (ii) **por exceso ritual manifiesto**, que tiene lugar cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esa vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia habida cuenta que sacrifica el derecho de acceso a la administración de justicia y las garantías sustanciales, so pretexto de preferir el tenor literal de las formas procesales. En otras palabras, el juez asume una ciega obediencia a la ley procesal en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que le asisten a las partes en contienda.*

[...]

Adicionalmente, señaló que para la configuración de esta clase de defecto es necesario que concurren dos requisitos concomitantes: “(i) que se trate de un error de procedimiento grave, que tenga incidencia cierta y directa en la decisión de fondo adoptada por el funcionario judicial correspondiente, de modo tal que de no haber incurrido en el error el sentido del fallo hubiera sido distinto, rasgo que el yerro procedimental absoluto comparte con el defecto fáctico; y (ii) que tal deficiencia no sea atribuible a quien alega la vulneración del derecho al debido proceso¹⁷¹”. (Subrayado fuera de texto original)

La Contraloría General de la República manifiesta que se configura un **defecto procedimental absoluto** en la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, porque desconoció que la acción de cumplimiento **era improcedente** en atención a que:

- i) A través de la acción de cumplimiento, el demandante buscó la satisfacción de intereses subjetivos que podían ser amparados mediante la acción de tutela y en un proceso con efectos interpartes.
- ii) La acción busca el cumplimiento de normas procesales en el desarrollo de un proceso, finalidad que puede obtenerse a través de otros recursos en el desarrollo de cada actuación procesal, y
- iii) Los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 no contienen un mandato imperativo;

Las tres razones planteadas por la parte actora como fundamento para sostener que existe **defecto procedimental absoluto** no aluden a posibles irregularidades **en el trámite** de la acción de cumplimiento o a la aplicación de reglas de procedimiento ajenas a la regulación legal de la misma, por lo cual, y dado que no se invoca por la parte actora la pretermisión de alguna etapa procesal y tampoco está demostrado que el trámite de la acción en la Sección Quinta del Consejo de

Estado se desarrolló con desconocimiento de la ritualidad procesal prevista en la Ley 393 de 1997, el cargo por **defecto procedimental** no está llamado a prosperar.

Ahora bien, toda vez que los tres cuestionamientos antes enunciados están encaminados a sostener que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en aplicación del artículo 9º de la Ley 393 de 1997 debió negar por improcedente la acción de cumplimiento, se abordará su estudio en orden a establecer si existe un defecto sustantivo en la interpretación y aplicación de la mencionada disposición en el fallo proferido el 16 de agosto de 2016.

V.4.3. Examen del defecto sustantivo

La Corte Constitucional ha señalado que existe **defecto sustantivo** en las providencias judiciales en los siguientes eventos:

- “i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador;*
- ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,*
- iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”¹¹.*

En el presente evento la accionante considera que la Sección Quinta del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de 16 de agosto de 2016, desconoció que la acción de cumplimiento **era improcedente** en atención a que: i) A través de la acción de cumplimiento, el demandante buscó la satisfacción de intereses subjetivos que podían ser amparados mediante la acción de tutela y en un proceso con efectos interpartes, ii) La acción busca el cumplimiento de normas procesales en el desarrollo de un proceso, finalidad que puede obtenerse a través de otros recursos en el desarrollo de cada actuación procesal, y iii) Los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 no contienen un mandato imperativo.

¹¹ Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Frente a los anteriores planteamientos y de acuerdo con el material probatorio allegado al proceso la Sala considera lo siguiente:

V.4.3.1. La acción de cumplimiento no era improcedente porque no buscaba la aplicación de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 en casos concretos en los que era viable acudir a la acción de tutela.

Pues bien, la tutelante afirma que la Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció sobre una acción de cumplimiento que era improcedente porque el demandante Luis Fernando Feria Montes buscaba la satisfacción de intereses subjetivos discutidos en procesos de responsabilidad fiscal en los cuales actúa como apoderado y, por ello, la aplicación de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, debía solicitarla en cada uno de esos procesos o mediante el ejercicio de la acción de tutela.

En conexidad con éste argumento, la Contraloría General de la República alude a la *“improcedencia del medio de control de cumplimiento cuando lo pretendido es el amparo de derechos constitucionales fundamentales que pueden ser amparados mediante la acción de tutela”*, dado el carácter subsidiario de la acción de cumplimiento. Agrega que, como el demandante argumentó que el desconocimiento de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 afecta los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, *“resulta más que lógico que el actor deba acudir ante el Juez constitucional en ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, y demostrar cómo en casos concretos supuestamente se le están vulnerando dichas garantías”*.

La Sala no encuentra fundamento probatorio para sostener que el señor Luis Fernando Feria Montes acudió a la acción de cumplimiento con el fin de obtener la aplicación de las precitadas disposiciones legales en los procesos en los cuales, según afirma el ente de control, el demandante es apoderado, pues revisado el texto de la demanda se observa que aquel reclamó el cumplimiento de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 en todas las actuaciones adelantadas por la Contraloría General de la República.

En efecto, como puede verse en el escrito mediante el cual se promueve la acción constitucional de cumplimiento, el señor Luis Fernando Feria Montes no hace ninguna referencia a algún proceso en particular, por el contrario, apoya su

demanda en que, en términos generales, la Contraloría General de la República “lleva tramitando los diferentes procesos de responsabilidad fiscal, en los cuales se ha superado ampliamente el término contemplado en la ley, sin que se haya proferido auto de imputación o archivo, en contravía de los términos consagrados en los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, lo que evidencia que no está dando cabal cumplimiento a los términos procesales”.

Obsérvese que en los fundamentos de la demanda el señor Luis Fernando Feria Montes resalta que “La Contraloría Delegada para Investigaciones Fiscales y Jurisdicción Coactiva dio respuesta al requerimiento de cumplimiento, en la cual se argumenta que **el criterio del operador fiscal es que los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000 fueron subrogados por el artículo 107 de la ley 1474 de 2011**”, lo cual demuestra que el debate en la acción de cumplimiento se planteó en abstracto, y no frente a casos particulares, al constituir la subrogatoria alegada por la demandada el criterio aplicado en el organismo de control fiscal.

Ahora bien, el artículo 9º de la Ley 393 dispone lo siguiente:

“ARTICULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

PARAGRAFO. *La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”* (subrayado fuera del texto).

En este orden y dado que el incumplimiento de las normas se reclamaba en términos generales y que el señor Luis Fernando Feria Montes no solicitó que se diera cumplimiento a los artículos 45 y 46 de la Ley 610 en determinados procesos de responsabilidad fiscal, no podía concluirse por la autoridad judicial accionada que la misma pretensión podía ser obtenida mediante el ejercicio de una acción de tutela y que, de conformidad con el artículo 9º, inciso primero, de la Ley 393 de 29 de julio de 1997¹² la acción de cumplimiento era improcedente. En este orden, la autoridad accionada no incurrió en defecto sustantivo al estimarlo así en el fallo del 16 de agosto de 2016.

¹² Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política.

V.4.3.2. La acción de cumplimiento es improcedente para demandar el cumplimiento de normas de carácter procesal dentro del trámite de procesos de responsabilidad fiscal. Configuración de defecto sustantivo.

La parte actora manifiesta que la Sección Quinta del Consejo de Estado desconoció que la acción de cumplimiento era improcedente para imponer la aplicación de normas procesales en el desarrollo de los procesos de responsabilidad fiscal, toda vez que para ello es viable acudir a otros recursos en el desarrollo de cada actuación procesal.

La Contraloría General de la República fundamenta *“la improcedencia del medio de control para obtener el cumplimiento de normas procesales o sustanciales que se deben observar por la autoridad competente en desarrollo de determinado proceso”*, en que la Sección Quinta del Consejo de Estado no tuvo en cuenta que la aplicación de normas sustanciales y procesales es un asunto propio de las decisiones del funcionario de conocimiento y que *“el cumplimiento de dichas normas puede exigirse a través de los mecanismos diseñados en el mismo procedimiento, tales como peticiones, recursos o incidentes”*. Para el efecto la Contraloría General de la República citó apartes de la sentencia de 24 de marzo de 2011, proferida por la misma Sección dentro del radicado 2010-00319-01.

También asegura la accionante que la Sección Quinta del Consejo de Estado no se pronunció sobre éste argumento por lo que el fallo desconoce el principio de congruencia establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso y los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

En relación con éste último cuestionamiento, es preciso advertir que en las páginas 10, 11 y 12 de la sentencia, la autoridad accionada inicia la solución del caso concreto refiriéndose al cumplimiento de los requisitos de procedibilidad y advierte que el demandante no cuenta con otro mecanismo de defensa para obtener el acatamiento de las normas incumplidas porque este medio debe ser judicial y en esta oportunidad se solicita atender los términos previstos en un procedimiento de carácter administrativo.

En efecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, al examinar la procedencia de la acción de cumplimiento presentada por el señor Luis Fernando Feria Montes, indicó en la sentencia de 16 de agosto de 2016, lo siguiente:

*“el demandante no cuenta con otro mecanismo de defensa para obtener el acatamiento normativo que reclama, toda vez que de acuerdo con el contenido del artículo 9º de la Ley 393 de 1997, se establece de manera diáfana que de existir otro procedimiento para atender las pretensiones del actor, este debe ser **judicial**, ante lo cual basta con señalar, que en esta oportunidad se exige atender términos previstos en un procedimiento de carácter administrativo.*

En esta altura conviene precisar que como el demandante no refiere a un proceso de responsabilidad fiscal en particular, el pronunciamiento de la Sala se referirá, al procedimiento de estos procesos fiscales en general, es decir, se decidirá si, en efecto, el argumento de la Contraloría General de la República, según el cual no debe atender el término establecido en los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, en virtud de la presunta subrogatoria de dicha normativa por parte de la Ley 1474 de 2011, resulta acertado. En conclusión el presente fallo concluirá si existe o no dicha subrogación.

Lo anterior, también sirve para descartar la procedencia de la acción de tutela, en procura de las pretensiones de demanda, por parte del accionante”.

Ahora bien, respecto de la improcedencia de la acción de cumplimiento **por la naturaleza procesal de las normas citadas como incumplidas**, es preciso señalar que las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal si bien no son actuaciones judiciales, si son procedimientos administrativos reglamentados y sometidos al desarrollo de etapas, cuyo trámite no puede ser impulsado o gestionado mediante la interposición de acciones de cumplimiento.

Por lo anterior la Sala considera que la autoridad judicial accionada si incurrió en defecto sustantivo al conceder la acción de cumplimiento promovida en contra de la Contraloría General de la República, por cuanto ésta **es improcedente** toda vez que **no es viable acudir a esta acción constitucional para coaccionar al órgano de control fiscal a avanzar en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal**, teniendo en cuenta lo siguiente:

El señor Luis Fernando Feria Montes promovió acción de cumplimiento para para procurar, a través de la acción de cumplimiento, que la ritualidad procesal de los procesos de responsabilidad fiscal se adelante en los plazos fijados para la práctica de pruebas y para resolver sobre el archivo o la imputación de responsabilidad, los cuales, a juicio del mencionado ciudadano están fijados en los artículos 45 y 46 de la Ley 610.

Es decir, la acción de cumplimiento no estaba dirigida al cumplimiento de cualquier norma que impone un deber a la administración, sino de una disposición que regula el desarrollo de un proceso específico: el proceso de responsabilidad fiscal, el cual tiene naturaleza resarcitoria y en tanto se encuentra sometido a las reglas

del debido proceso, la forma como se aplique es justiciable en la jurisdicción contenciosa, conforme lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-131 de 2002, en la que precisó:

“se trata de un proceso de naturaleza administrativa pues recae sobre la responsabilidad de servidores públicos o de particulares vinculados a la gestión fiscal y su conocimiento le corresponde a autoridades administrativas; la responsabilidad que en él se declara es esencialmente administrativa y patrimonial ya que juzga el incumplimiento de deberes funcionales y conmina a la reparación del daño causado al Estado y no tiene un carácter sancionatorio ni penal ni administrativo sino estrictamente resarcitorio[5].

*Como puede advertirse, el proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Esto es, **el investigado en estricto sentido no es juzgado, no es sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado sino a la función administrativa. Sólo cuando la actuación de ésta ha culminado, puede optar por cuestionar ante la justicia contencioso administrativa la legalidad del procedimiento a que fue sometido y de la decisión proferida**”.*

De acuerdo con lo anterior, la observancia de las reglas procesales de la acción de cumplimiento es un asunto que si puede reclamarse a través de una acción judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este sentido, el artículo 59 de la Ley 610 de 2000¹³, dispone que: **“En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme”.**

En tal virtud, la viabilidad de instaurar acciones judiciales contra la decisión adoptada en el proceso de responsabilidad fiscal hace improcedente cualquier acción de cumplimiento que tenga por finalidad compeler al director del proceso a aplicar determinadas disposiciones legales en el curso de la actuación de responsabilidad fiscal, en cuanto, se reitera, en razón a que los posibles casos de desatención de las normas aplicables a las acciones de responsabilidad fiscal son susceptibles de control judicial mediante el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas, y es en ese escenario en el cual se debe debatir su cumplimiento.

De otro lado, la acción de cumplimiento promovida por el señor Luis Fernando Feria Montes también **resultaba improcedente por cuanto a través de ella se buscaba establecer el verdadero alcance y la vigencia de las normas cuyo cumplimiento reclamaba, asunto para el cual no fue establecida la mencionada acción constitucional.**

¹³ Declarado exequible en la sentencia C-557 de 2001 de la Corte Constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2001, indicó lo siguiente:

*“De este modo, la acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso¹⁴, y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el particular espera que se le reconozcan¹⁵. **Tampoco es un mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales¹⁶, pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas** lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretados¹⁷ (Resaltado fuera del texto).*

¹⁴ Las referencias a la jurisprudencia del Consejo de Estado son meramente ilustrativas. No son recogidas a título de “derecho viviente” que le fija el sentido a una norma legal ambigua objeto de control de constitucionalidad. Con los adjetivos mencionados la jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado al mandato que contiene la obligación presuntamente incumplida por parte de la administración. Cfr. la sentencia del proceso ACU 615 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, 10 de marzo de 1999, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez. En esta oportunidad se confirmó el fallo de instancia mediante el que se constató que CODENSA S.A. “está obligada a dar estricto cumplimiento a la Resolución 013 de 1998 –acto administrativo de carácter general – expedido por el Contralor de la ciudad de Bogotá”.

¹⁵ Sobre este punto, la jurisprudencia producida por el Consejo de Estado al resolver diferentes acciones de cumplimiento es ilustrativa de la manera como se ha reservado la acción de cumplimiento para asegurar la protección de derechos indiscutibles a los particulares, ordenando a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias proferidas en los procesos ACU-120 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 22 de enero de 1998. En esta oportunidad se afirmó que “para perseguir el pago de las cesantías el actor cuenta con otro instrumento de defensa judicial” distinto a la acción de cumplimiento. En el mismo sentido, también puede consultarse el fallo ACU 126 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, Consejero Ponente: Dolly Pedraza De Arenas, 29 de enero de 1998. En esta oportunidad el Consejo desestimó la acción de cumplimiento planteada por el actor, pues pretendía que se ordenara al Centro de Rehabilitación integral de Boyacá “reconocer y pagar la prima técnica a la que tiene derecho”, conflicto que corresponde dirimir a la jurisdicción contencioso administrativa por la vía pertinente. En el mismo sentido, pueden consultarse, también a título ilustrativo, los procesos ACU 558 (sentencia del 20 de febrero de 1998 C.P. Mariela Vega de Herrera), ACU 589 (sentencia del 25 de febrero de 1999 C.P. Juan de Dios Montes Hernández) y ACU 868 (sentencia del 9 de septiembre de 1999 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero).

¹⁶ Cfr. la sentencia ACU-141 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 13 de febrero de 1998, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva. En esta oportunidad el actor pretendía mediante una acción de cumplimiento esclarecer el tipo de funciones que le corresponde cumplir a la Registraduría frente a la posibilidad de llevar a cabo un referendo derogatorio en la ciudad de Manizales que en su opinión era inocuo. En dicha ocasión se dijo: “se trata, pues, a través de la acción de cumplimiento, como su nombre lo indica, de hacer efectivo el cumplimiento del ordenamiento jurídico, por parte de las autoridades competentes; para lograr tal objetivo se requiere que tal ordenamiento consagre de manera clara determinada obligación para la administración, lo cual excluye que a través de la acción de cumplimiento se puedan promover interpretaciones respecto a la existencia de una obligación {contenidas en la Ley 134 de 1994}, pues la finalidad es exigir el cumplimiento de las existentes, y no provocar, vía interpretación, la consagración de obligaciones”.

¹⁷ La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido la necesidad de distinguir entre el objeto de la acción de cumplimiento (la realización de un deber omitido por la administración), y la discusión que puede plantearse alrededor del reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo y particular,

La finalidad perseguida por el demandante dentro de la acción de cumplimiento no era otra que se fijara el sentido y alcance que debe dársele a los artículos 45 y 46 de la Ley 610 a la Contraloría General de la República, para que se impusiera su interpretación, pues como paso previo a la demanda solicitó el cumplimiento de estas normas a la Contraloría General de la República, entidad que en su respuesta le puso de presente que las disposiciones en mención no eran aplicables a los procesos de responsabilidad fiscal por cuanto habían sido subrogadas por el artículo 107 de la Ley 1474.

No obstante lo anterior, el actor, conociendo esta disparidad de criterios sobre los términos aplicables a la investigación dentro del proceso de responsabilidad fiscal, promovió la acción de cumplimiento en orden a imponer mediante una decisión judicial su interpretación sobre las normas citadas, de allí que la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016 se ocupara fundamentalmente de establecer si los artículos 45 y 46 de la Ley 610 habían sido subrogados o no por el artículo 107 de la Ley 1474, confrontando las tesis que al respecto plantearon las partes.

V.4.3.3. Defecto sustantivo en la interpretación de las disposiciones cuyo cumplimiento se solicitó en el proceso N° 25000-23-41-000-2016-01063-01.

Aunque las consideraciones anteriores son fundamento suficiente para conceder el amparo, al haberse demostrado que la Sección Quinta del Consejo de Estado

circunstancia frente a la cual existen otros mecanismos de defensa idóneos. Cfr. sentencia C-193 de 1998 MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Barrera Vergara. Se estudió aquí la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 3º, 5º, y 9º, todos parcialmente de la Ley 393 de 1997. Como se dijo, uno de los puntos abordados en esta ocasión tiene que ver con la relación de la acción de cumplimiento con los mecanismos ordinarios de defensa jurídica respecto de la ejecución de actos administrativos de carácter particular. Se señaló, entonces, que: “cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado ‘un perjuicio grave e inminente’. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo”.

accedió a las pretensiones formuladas dentro de la acción de cumplimiento, cuando éste medio de control resultaba improcedente; la Sala considera necesario pronunciarse sobre el tercer cuestionamiento que formula la Contraloría General de la República relativo a la configuración de un defecto sustantivo por la interpretación dada a los artículos 45 y 46 de la Ley 610 en el fallo proferido por la autoridad judicial accionada el 16 de agosto de 2016.

Los artículos 45 y 46 de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000¹⁸, cuya observancia se reclamó en la acción de cumplimiento, establecen lo siguiente:

“ARTICULO 45. TERMINO. *El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado”*¹⁹.

ARTICULO 46. DECISION. *Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso”*²⁰.

Por su parte, el artículo 107 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011²¹, que a juicio de la accionante subrogó las disposiciones anteriores, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 107. PRECLUSIVIDAD DE LOS PLAZOS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. *Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año”.*

Pues bien, la autoridad judicial accionada considera que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011²² no subrogó el artículo 45 de la Ley 610 de 2000 y, en consecuencia, los plazos fijados en esta última constituyen un mandato exigible a

¹⁸ *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.*

¹⁹ Artículo 45 de la Ley 610 de 2000.

²⁰ Artículo 46 de la Ley 610 de 2000.

²¹ *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.*

²² ***“ARTÍCULO 107. PRECLUSIVIDAD DE LOS PLAZOS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.*** *Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año”.*

la Contraloría General de la República, razón por la que en la parte resolutive de la sentencia de 16 de agosto de 2016 le ordenó *“que, mediante el mecanismo más célere y eficaz, informe a las dependencias encargadas del trámite de los procesos de responsabilidad fiscal que el artículo 45 de la Ley 610 de 2000 no fue subrogado por el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, por tanto, su aplicación y atención resulta de obligatorio cumplimiento, como también sucede con el artículo 46 de la misma Ley 610 de 2000”*.

Para llegar a esta conclusión, la Sección Quinta del Consejo de Estado, hace las siguientes consideraciones:

1. ***“las diligencias a las que refiere el artículo 45 antes transcrito, de acuerdo con el contenido de la propia Ley 610 de 2000, artículos 41 al 44, son aquellas requeridas para dictar auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal o de archivo”***.

2. ***“la norma objeto de estudio de la Ley 1474 de 2011, si bien, amplía el término probatorio contiene condicionamientos que dejan entrever que solo alude al decreto de pruebas que se dicta luego de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.***

*A la anterior conclusión se arriba, luego de establecer que previa a esta etapa, en efecto como lo menciona la parte demandada, se recolectan pruebas necesarias para dictar auto de apertura o de archivo; **sin embargo, en estricto sentido en la indagación preliminar no se dicta auto que decreta pruebas y mucho menos se notifica el mismo.***

*(...) la Ley 1474 de 2011 al ampliar el término probatorio a 2 años, señaló que su conteo inicia “a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta”, lo que se debe concluir es que en las instancias en las cuales no se dicta esta providencia, no habrá lugar a la aplicación de dicha ampliación de la oportunidad legalmente prevista a efectos de practicar las pruebas debidamente decretadas, tal y como ocurre en la indagación preliminar (...) Visto lo anterior, solo resta manifestar que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 **no subroga el contenido previsto en el artículo 45 de la Ley 610 de 2000**, pues como se demostró, si bien el primer precepto amplía el término probatorio del proceso de responsabilidad fiscal, el mismo no aplica para la etapa de indagación preliminar, por las razones ya anotadas” (Resaltado fuera del texto).*

Por su parte, la Contraloría General de la República sostiene, en la solicitud de tutela, que:

i) Los artículos 45 y 46 en cita, no regulan el trámite de las indagaciones preliminares, por lo que el término allí previsto no es aplicable a esta etapa.

ii) No es cierto que en las indagaciones preliminares no se practiquen pruebas pues ese es el propósito de esa etapa.

iii) El artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, fijó un término preclusivo de dos (2) años para que la Contraloría General de la República determine, en cada caso concreto, si procede el auto de archivo o el auto de imputación, pero además, esta norma se refirió a las indagaciones preliminares por lo que *“el periodo probatorio allí establecido resulta aplicable al trámite de las mismas”*.

Así mismo, afirma la parte actora que *“... el término consagrado en el artículo 45 de la Ley 610 de 2000, se insiste, **no es preclusivo sino aceleratorio** y su vencimiento no genera la pérdida de la competencia de la autoridad **y mucho menos la conmina a adoptar indefectiblemente el auto de archivo o de imputación**, pues para ello deben cumplirse los requisitos de los artículos 47 y 48 de la ley 610 de 2000”* (resaltado fuera del texto).

A partir de lo expuesto y con fundamento en un estudio sistemático de las normas antes referidas, encuentra la Sala que, en efecto, existe un error en la interpretación que del artículo 45 de la Ley 610 efectuó la Sección Quinta del Consejo de Estado, lo que a su vez permite afirmar la configuración de un defecto sustantivo, por las razones que pasan a exponerse:

1- El artículo 45 de la Ley 610 de 2000 no establece el término para adelantar la indagación preliminar.

De acuerdo con la regulación de la acción de responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000, el artículo 45 *ibídem* no fija el término de la indagación preliminar sino el plazo preclusivo, a partir de la apertura del proceso, que tiene el funcionario competente para adelantar las actividades de averiguación con base en las cuales debe resolver si archiva la misma o profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal. Así se colige luego de examinar la regulación de la acción de responsabilidad fiscal:

1.1.- Etapa preprocesal de indagación preliminar.

La etapa de indagación preliminar es previa al inicio del proceso de responsabilidad fiscal, y se desarrolla para verificar la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada, la competencia del ente de control fiscal y la determinación de los presuntos responsables²³.

Dispone el artículo 39 de la Ley 610 de 2000 que **el plazo para adelantar la indagación preliminar es máximo de seis (6) meses**, al cabo de los cuales *“solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal”*²⁴.

Durante la etapa de indagación preliminar, quien tenga conocimiento de la existencia de la misma puede solicitar ser escuchado en exposición libre y espontánea, conforme al artículo 42 *ejusdem*²⁵, y luego de esta diligencia, a voces del artículo 24 *ídem*, *“podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas”* y *“La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación”*.

Igualmente, señala la Ley 610 de 2000, en el artículo 32, que *“a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el imputado puede controvertir las pruebas”*.

La jurisprudencia constitucional ha señalado, con claridad, que la indagación preliminar no hace parte del proceso de responsabilidad fiscal, por cuanto:

“El proceso mediante el cual se declara la responsabilidad fiscal cuenta con una sola fase, lo que contribuye a evitar dilaciones injustificadas en este tipo de actuaciones administrativas, y que el mismo se inicia formalmente sólo a

²³ Artículo 39 de la Ley 610 de 2000.

²⁴ Al respecto, en la sentencia C-840 de 2001, dijo la Corte Constitucional: *“con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo. Vale decir, en tales hipótesis no existirá proceso de responsabilidad fiscal, ya que su presencia se anuncia sólo a partir del auto de apertura. En consonancia con esto el artículo 9 de la misma ley sitúa la fecha de este auto como el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal”*.

²⁵ En la sentencia C-131 de 2002, dijo la Corte Constitucional *“La diligencia de exposición libre y espontánea puede solicitarse durante la indagación preliminar, que es una etapa preprocesal encaminada a establecer si hay lugar al ejercicio de la acción fiscal, o en el proceso de responsabilidad fiscal, pero, en éste caso, antes de que se profiera auto de imputación de responsabilidad”*. (Resaltado fuera del texto)

partir de la expedición del auto de apertura. Por esta razón, la indagación preliminar, aun cuando puede coadyuvar a la verificación de la conducta que afecta el patrimonio público y a la identificación de su autor, en estricto sentido no hace parte integral del proceso de responsabilidad fiscal”²⁶.

1.2. Regulación del proceso de responsabilidad fiscal.

Consagra el artículo 40 *ejusdem* que cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado y obren indicios serios sobre los posibles autores del mismo, mediante auto se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, providencia a partir del cual se **“inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal”**, y en la que se decretarán las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes, como lo señala el artículo 41, numeral 6 de la Ley 610 de 2000.

Una vez proferido el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, conforme a los artículos 42 a 44 *ibídem*, el investigado podrá solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea, designar un apoderado y el funcionario competente vinculará a la compañía de seguros si el investigado se encuentra amparado por una póliza. El término para adelantar estas actuaciones *“será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado”*, conforme lo dispone el artículo 45 de la Ley 610 de 2000.

Vencido este plazo, según el artículo 46 *ibídem*, corresponde al organismo de control fiscal pronunciarse ya sea ordenado el archivo del proceso o dictando auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada.

Trámite posterior al auto de imputación de responsabilidad fiscal.

Luego de proferido el auto de imputación de responsabilidad fiscal y surtido el traslado de que trata el artículo 50 de la Ley 610 de 2000, tiene cabida otro momento procesal que es el **decreto** de pruebas. Para proferir el auto que ordena la práctica de pruebas, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 108 de la Ley 1474 de 2011, el funcionario competente tiene un plazo de treinta (30) días.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-382 de 2008.

La perentoriedad de éste plazo fue consagrada en el referido artículo 108 con el objetivo de fijar plazos preclusivos y de obligatorio cumplimiento para los funcionarios encargados de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal. Señala ésta disposición:

“PERENTORIEDAD PARA EL DECRETO DE PRUEBAS EN LA ETAPA DE DESCARGOS. Vencido el término para la presentación de los descargos después de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal, el servidor público competente de la Contraloría **deberá decretar las pruebas a que haya lugar a más tardar dentro del mes siguiente.** Será obligación de la Auditoría General de la República incluir la constatación del cumplimiento de esta norma como parte de sus programas de auditoría y derivar las consecuencias por su desatención”. (Resaltado fuera del texto).

Una vez decretadas las pruebas, establecía el artículo 51 de la Ley 610 de 2000 que deberían practicarse en un periodo de treinta (30) días:

*“Vencido el término anterior, el funcionario competente **ordenará mediante auto la práctica de las pruebas** solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, **por un término máximo de treinta (30) días.** El auto que decrete o rechace las pruebas deberá notificarse por estado al día siguiente de su expedición.*

Contra el auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación; esta última se concederá en el efecto diferido. Los recursos deberán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo” (Resaltado fuera del texto).

Esta disposición, como se expondrá en extenso más adelante, fue modificada por el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, brindando así mayor oportunidad para el recaudo del material probatorio, medida que favorece no solo el esclarecimiento de los hechos relacionados con la gestión fiscal, sino que además brinda al imputado mayores oportunidades de ejercer su defensa, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 2002²⁷.

Posteriormente, vencido el término de traslado y agotada la práctica de las pruebas pertinentes, ordena el artículo 52 de la misma normativa que corresponde al funcionario competente proferir fallo con o sin responsabilidad fiscal, dentro de los treinta (30) días siguientes.

²⁷ Cfr. Sentencia C-131 de 2002. Allí se dijo: “en la estructura del proceso de responsabilidad fiscal existe un momento fundamental que impone la necesidad de acentuar las garantías con que cuenta el investigado para que ellas resulten proporcionales a las afecciones generadas por el compromiso de su responsabilidad. Ese momento está determinado por la emisión del auto de imputación de responsabilidad, decisión que parte de un principio de prueba que compromete al investigado y que genera la expectativa de un fallo condenatorio que puede ser altamente afectivo de sus intereses no solo patrimoniales sino también personales”. (Resaltado fuera del texto)

Por último, establece el artículo 13 de la Ley 610 que los términos antes indicados se suspenderán *“en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite”*.

Pues bien, de acuerdo con la regulación antes expuesta, **el artículo 45 de la Ley 610 no establece el término para adelantar la indagación preliminar**, como erradamente lo consideró la autoridad judicial accionada²⁸, pues esta actuación previa al inicio del proceso tiene un plazo expresamente fijado por el legislador en el artículo 39 *eiusdem*, norma que señala que el mismo es de seis (6) meses.

El artículo 45 de la Ley 610 de 2000, cuyo cumplimiento demandó el señor Luis Fernando Feria Montes, como quedo expuesto, consagra el plazo máximo – de tres (3) meses, prorrogable por dos (2) meses más- que tiene el funcionario competente, **a partir del auto de apertura que da inicio al proceso de responsabilidad fiscal**, para vincular en garantía a la compañía de seguros, si a ello hubiere lugar, y para recaudar las pruebas con base en las cuales, al finalizar el mismo, deberá adoptar la decisión de archivar la investigación o de proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal (conforme lo indica el artículo 46 de la Ley 610 de 2000).

Igualmente, cabe resaltar que la Corte Constitucional, al referirse a las etapas del proceso de responsabilidad fiscal, en la sentencia C-512 de 2013, señaló:

“El proceso de responsabilidad fiscal está regulado en la Ley 610 de 2000 y las leyes que la modifican o complementan, como es el caso de la Ley 1474 de 2011, que contiene el parágrafo objeto de este cargo de la demanda. La Ley 610 de 2000 define qué es la gestión fiscal²⁹, cuál es el objeto del proceso de responsabilidad fiscal³⁰ y precisa qué se entiende por daño, pérdida o deterioro de bienes³¹.

*Según esta ley la actuación de los entes de control fiscal puede iniciar de oficio, por denuncia o por queja³². **En caso de no haber certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada o los***

²⁸ Cuando afirmó lo siguiente: *“Lo primero que debe precisar la Sala es que las diligencias a las que refiere el artículo 45 antes transcrito, de acuerdo con el contenido de la propia Ley 610 de 2000, artículos 41 al 44, son aquellas requeridas para dictar auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal o de archivo”*.

²⁹ Artículo 3.

³⁰ Artículo 4.

³¹ Artículos 6 y 7.

³² Artículo 8.

presuntos responsables, es menester adelantar una indagación preliminar³³, por un término máximo de seis meses. Tanto si no se dan los anteriores presupuestos como si se dan y se cumple en anterior término, el ente de control fiscal debe decidir si abre o no el proceso de responsabilidad fiscal. Esta apertura se hace por medio de un auto de trámite, cuando hay evidencia de un daño patrimonial e indicios u otros medios de prueba serios sobre quienes serían sus posibles responsables. Con el auto de apertura inicia el proceso de responsabilidad propiamente dicho³⁴. Este auto se debe notificar a los presuntos responsables, cuando estén identificados, para que puedan ejercer su derecho de defensa o de contradicción. Al vencerse el período de prueba, el órgano de control fiscal debe decidir si archiva el proceso o si profiere un auto de imputación de responsabilidad fiscal. Una vez notificado este auto, se puede presentar argumentos de defensa, solicitar y aportar pruebas” (Resaltado fuera del texto).

2- En la indagación preliminar si hay lugar a ordenar y practicar pruebas. Error en el parámetro normativo con base en el cual se descartó la subrogación aducida por la Contraloría General de la República.

La autoridad judicial accionada, partiendo de la premisa consistente en que el plazo del artículo 45 de la Ley 610 se refiere a **la indagación preliminar**, procedió a analizar si a ésta etapa le era aplicable el apartado final del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de establecer si había operado o no la subrogación aducida por la Contraloría General de la República.

Al hacerlo, sin expresar el fundamento normativo en que se apoyó, la Sección Quinta del Consejo de Estado sostiene que en la etapa de indagación preliminar no hay lugar a decretar pruebas y como no existe un auto que las ordene, tampoco se cumple con el presupuesto normativo y procesal para la aplicación del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011. Indica la providencia en el acápite pertinente:

“Lo anterior, al concluir que la norma objeto de estudio de la Ley 1474 de 2011, si bien, amplía al término probatorio contiene condicionamientos que dejan entrever que solo alude al decreto de pruebas que se dicta luego de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

A la anterior conclusión se arriba, luego de establecer que previa a esta etapa, en efecto como lo menciona la parte demandada, se recolectan pruebas necesarias para dictar auto de apertura o de archivo; sin embargo, en estricto sentido en la indagación preliminar no se dicta auto que decrete pruebas y mucho menos se notifica el mismo.

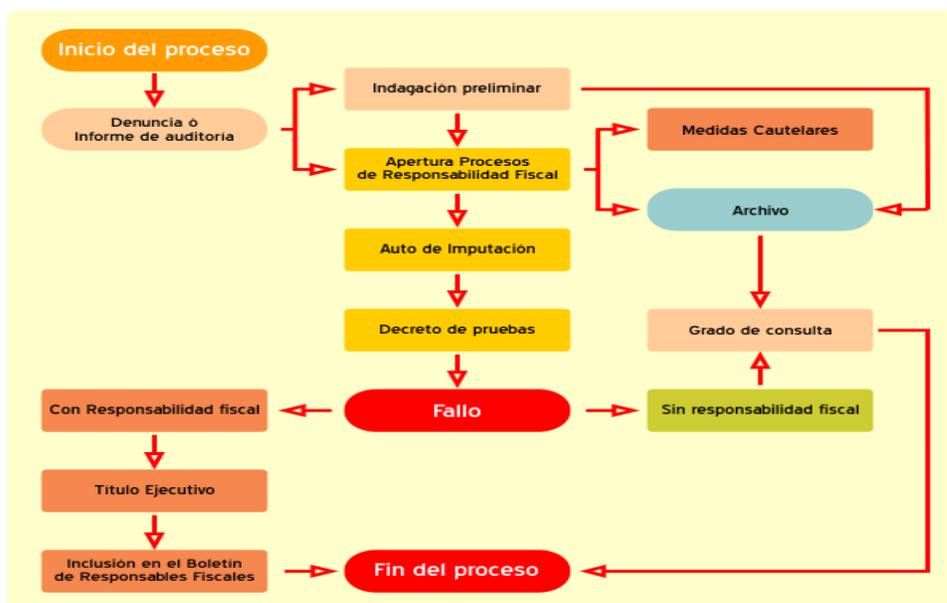
De acuerdo con lo expuesto y partiendo del hecho que la Ley 1474 de 2011 al ampliar el término probatorio a 2 años, señaló que su conteo inicia “a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta”, lo que se debe concluir es que en las instancias en las cuales no se dicta esta providencia, no habrá lugar a la aplicación de dicha ampliación de la oportunidad legalmente prevista a efectos de practicar las pruebas debidamente decretadas, tal y como ocurre en la indagación preliminar, instancia que no prevé el decreto de pruebas, se insiste, si bien, para dictar el auto de

³³ Artículo 39.

³⁴ Artículo 40.

archivo o de apertura de la investigación se requieren de elementos probatorios, no es imperioso dictar la providencia que las decrete y tampoco su notificación.

Como fundamento de la anterior conclusión, resulta dable traer a colación el flujograma del proceso de responsabilidad fiscal que publica la Contraloría General de la República en su página web oficial³⁵:



El anterior flujograma de manera palmaria demuestra que en la etapa de indagación preliminar no está previsto el decreto de pruebas, como sí ocurre luego de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Visto lo anterior, solo resta manifestar que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 **no subroga el contenido previsto en el artículo 45 de la Ley 610 de 2000**, pues como se demostró, si bien el primer precepto amplía el término probatorio del proceso de responsabilidad fiscal, el mismo no aplica para la etapa de indagación preliminar, por las razones ya anotadas.

Los anteriores razonamientos llevan a la Sala a concluir que no existe la subrogación a la que alude ente fiscal demandado; por tanto, las normas que se piden acatar son exigibles” (Subrayado fuera del texto).

Esta argumentación está afectada por un defecto sustantivo puesto que, de acuerdo con la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en la indagación preliminar, así como en el desarrollo del proceso, es procedente decretar la práctica de pruebas, por lo que la supuesta inviabilidad de este acto procesal no podía ser el fundamento para desvirtuar la subrogación de las disposiciones invocadas en la acción de cumplimiento.

En efecto, como puede inferirse de la regulación contenida en la Ley 610, en especial de lo normado en los artículos 24 y 32 *ibídem*, en la indagación preliminar, tanto de oficio, como a solicitud de quien conoce que en su contra se adelanta esta actuación, el funcionario competente puede ordenar la práctica de

³⁵ <http://www.contraloria.gov.co/web/guest/proceso-de-responsabilidad-fiscal>

pruebas, y éstas pueden ser controvertidas en esta fase previa al inicio del proceso.

Nótese que la finalidad de la indagación preliminar, según lo dispone el artículo 39 *ibídem*, no es otra que la de tener certeza sobre la ocurrencia del hecho, establecer la entidad afectada, así como determinar los presuntos responsables del hallazgo fiscal, y para lograr tal cometido indudablemente se deben decretar y practicar las pruebas pertinentes, conducentes y útiles para establecer tales objetivos. Pero para ratificar lo anterior cabe traer a colación el contenido del artículo 42 *ibídem*, norma según la cual quien tenga conocimiento de la existencia de una indagación preliminar podrá solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea sobre los hechos, actuación ésta que no es otra cosa que un medio de prueba, para cuya práctica debe mediar un auto que así lo ordene.

3 – La parte final del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 subroga el artículo 45 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, en tanto que el artículo 45 de la Ley 610 señala que el funcionario competente tiene un plazo de tres (3) meses, prorrogable por dos (2) meses más, **para practicar las pruebas** con base en las cuales debe resolver si ordena el archivo o profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal, para la Sala es claro que efectivamente se ha producido la subrogación alegada por la parte actora, en razón al contenido del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011³⁶, el cual dispone:

³⁶ Este criterio es el adoptado por la Auditoría General de la República y publicado en la guía dada a conocer en la página 63 del documento denominado Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas, que se encuentra en la página web: http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/OEE/AGRP13-GestionProcesoRFPreguntasRespuestas.pdf. En esta publicación este órgano de control indicó: *“Teniendo en cuenta la voluntad del Legislador, consistente en agilizar la sustanciación de los procesos, para evitar la prescripción de los mismos y de la misma redacción del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, se entiende que el término probatorio empieza a correr a partir de la notificación del primer Auto que ordena el decreto y práctica de pruebas. Es decir, que si las pruebas se decretan en el auto de apertura de responsabilidad fiscal, el término se contará desde el momento de la notificación personal de dicho Auto. Pero si, por el contrario, en el citado Auto no se decretan pruebas, el término empezará a contarse desde el día siguiente a la notificación por estado de la primera providencia que ordena la práctica de pruebas. Resulta oportuno aclarar, que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, es diáfano en establecer que dicho término se refiere a la etapa de investigación y no a la de imputación. Sobre este tema resulta pertinente llamar la atención acerca de lo enunciado por la norma cuando afirma que: “en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos”. Es evidente que los órganos de control fiscal deben agilizar la sustanciación de los procesos, so pena, que las pruebas practicadas por fuera de los dos (2) años sean inexistentes y no permitan esclarecer los hechos materia de investigación”.*

“PRECLUSIVIDAD DE LOS PLAZOS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año”.

En efecto, el artículo 107 en comento, regula dos aspectos bajo el título de “preclusividad de los plazos en los procesos de responsabilidad fiscal”, en los siguientes términos:

- a) El indicado precepto, como se aprecia, en la parte inicial establece la preclusividad de los términos fijados en la ley para la práctica de pruebas tanto en la etapa preprocesal de la indagación preliminar, como en la etapa procesal de investigación y, como consecuencia de ello, determina que las pruebas practicadas por fuera de dichos términos carecerán de valor, lo cual significa que no pueden ser consideradas para la adopción de las decisiones relacionadas con la apertura de la investigación, con la formulación de la imputación de responsabilidad fiscal o con el archivo de la actuación, por cuanto ello desconocería la preclusividad allí señalada.
- b) En la segunda parte, el citado precepto se ocupa de fijar el plazo para la práctica de pruebas tanto para el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, como para el proceso verbal. Al respecto determina que después de la notificación del auto que decreta las pruebas el funcionario **tiene dos (2) años para su práctica si el proceso se sigue por el trámite ordinario y un (1) año si se trata de un proceso verbal.**

La Sala considera que éste último acápite introduce modificaciones al plazo señalado en el artículo 45 de la Ley 610 de 2000, para archivar la investigación o formular imputación de responsabilidad fiscal y su finalidad no solo es fijar límites temporales aplicables a la etapa probatoria que se surte luego del vencimiento del término para presentar descargos, como pasa a explicarse:

- i) En el desarrollo del proceso ordinario de responsabilidad fiscal³⁷ hay dos momentos dispuestos en la ley como oportunidades para decretar pruebas: i) en el auto de apertura de investigación, y ii) vencido el término de traslado del auto de imputación de responsabilidad fiscal.
- ii) De otra parte, en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, según los artículos 99 y 100 de la Ley 1474 de 2011, solo hay un tiempo procesal para la solicitud y decreto de pruebas que es la audiencia de descargos, la cual se realiza luego de proferido *el auto de apertura e imputación del proceso*. Es decir, en éste proceso no existe una etapa de investigación previa a la formulación de imputación de responsabilidad. Al respecto el artículo 100, literal f), de la Ley 1474 establece que: *“La práctica de pruebas que no se pueda realizar en la misma audiencia será decretada por un término máximo de un (1) año, señalando término, lugar, fecha y hora para su práctica; para tal efecto se ordenará la suspensión de la audiencia”*. En concordancia con la disposición anterior, el artículo 107 *ejusdem*, en el aparte final, indica que *“La práctica de pruebas en el proceso verbal de responsabilidad fiscal no podrá exceder de un (1) año contado a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta”*.
- iii) Así las cosas, cuando el artículo 107 de la Ley 1474, dispone que ***“La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año”***, la norma no hace otra cosa que establecer los términos para practicar las pruebas tanto en la etapa comprendida entre la apertura de la investigación hasta la formulación de imputación o archivo, como en aquella que se inicia con el auto de formulación de imputación y que concluye con el fallo que decide sobre la responsabilidad fiscal.
- iv) A esta conclusión se llega teniendo en cuenta que la norma precitada no dispone que el término de dos (2) años para la práctica de pruebas en el proceso ordinario solo se aplique al periodo que sigue a la formulación de

³⁷ “con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, **la indagación preliminar**, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, **formalmente no hace parte del mismo**”. Sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

imputación, sino que lo establece en términos generales para las distintas etapas probatorias que tienen lugar dentro del proceso de responsabilidad fiscal; término que se cuenta desde la notificación de la providencia que decreta la práctica de pruebas, bien sea en el auto de apertura de investigación o en el auto proferido luego de vencido el término de traslado del auto de imputación de responsabilidad fiscal.

- v) A lo expresado hay que añadir que, atendiendo al principio de interpretación del *efecto útil de las normas*³⁸, debe entenderse que el artículo 107 de la Ley 1474, modificó el término señalado en el artículo 45 de la Ley 610, pues perdería sentido y sería inoperante la norma fijada en el artículo 107 si se interpreta como una autorización para practicar las pruebas decretadas en un plazo de dos (2) años, pero al mismo tiempo se entiende que en virtud del citado artículo 45 el órgano de control fiscal está obligado a resolver si formula imputación o archiva la actuación cuando han pasado solo tres (3) o cinco (5) meses desde el momento en que se notifica el auto de apertura de investigación.
- vi) En este orden, la Sala considera que **el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 subrogó³⁹ el artículo 45 de la Ley 610 de 2000, y amplió a dos (2) años el plazo para practicar pruebas en la investigación, término que se cuenta a partir de la notificación del auto de apertura de investigación que contiene el decreto de pruebas, al cabo del cual, el funcionario de control fiscal con base en las pruebas recaudadas, debe decidir si formula imputación o dispone el archivo de la actuación. Cabe anotar que el mismo término de dos (2) años, por**

³⁸ En la sentencia **T-001 de 1992**, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló: *“El conocido principio de interpretación de las normas jurídicas, a partir del ‘efecto útil’ de éstas, enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.”*

Así mismo, en la sentencia **C-569 de 2004**, la misma Corporación, con ponencia del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes, indicó: *“Según este principio, en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable. Este criterio hermenéutico encuentra indudables puntos de contacto con diversos principios constitucionales. Así por ejemplo, cuando se aplica a la interpretación de disposiciones constitucionales, es un desarrollo de los principios de supremacía y del carácter normativo de la Constitución; cuando se aplica a la interpretación de disposiciones legales, permite concretar la voluntad del legislador y, en consecuencia, salvaguardar el principio democrático”.*

³⁹ *“La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga”.* Sentencia C-502 de 4 de julio de 2012, Magistrada ponente: Dra. Adriana María Guillén Arango.

virtud del referido artículo 107, es el que se tiene para practicar las pruebas ordenadas luego del traslado de la imputación de responsabilidad fiscal, si se adoptó esta determinación.

De otra parte, revisados los antecedentes del trámite legislativo del proyecto de ley que dio origen a la Ley 1474 de 2011, la Sala encuentra que el apartado final del artículo 107, fue incorporado en el cuarto debate realizado en la plenaria de la Cámara de Representantes y su texto fue acogido por la Comisión Accidental de Conciliación. A través del mismo, el legislador buscó ampliar el término para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal y hacerlo preclusivo.

Es así como, según el Acta 54 de la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes de 26 de abril de 2011, el Representante a la Cámara, doctor Germán Varón Cotrino, antes de votar este artículo en bloque con otras disposiciones, expuso su contenido de la siguiente manera:

*“El artículo 121, preexclusividad (sic) **de los plazos** en los trámites de los procesos de responsabilidad fiscal. Se hace una nueva proposición, acordada con la Contraloría y por la subcomisión; y prevé que esa preexclusividad (sic) operará en el término de un año para procesos verbales, **y dos años para los ordinarios**”⁴⁰ (Destaca la Sala).*

Conforme con lo expuesto, la hermenéutica efectuada por la Sección Quinta, respecto del contenido normativo de los artículos 45 y 46 de la Ley 610 y su comparación con el artículo 107 de la Ley 1474 comporta la configuración de un **defecto sustantivo** e impondría a la Contraloría General de la República, sin justificación razonable, adelantar las **indagaciones preliminares** en un plazo de tres (3) meses prorrogables por dos (2) meses más, en tanto no tuvo en cuenta los siguientes aspectos:

1. Que la indagación preliminar es una etapa previa al proceso cuyo término de duración está regulado por el artículo 39 de la Ley 610, y no por el artículo 45 *ibídem*.
2. Que en la indagación preliminar si hay lugar al decreto de pruebas y a su práctica, y su duración, conforme al referido artículo 39, está sometida al término de seis (6) meses, por cuanto a esta etapa previa no se aplica el

⁴⁰ Gaceta del Congreso N° 538 del 29 julio de 2011

plazo de dos (2) años fijado en el artículo 107 de la Ley 1474 para la práctica de pruebas dentro de proceso de responsabilidad fiscal⁴¹.

3. Que el artículo 107 de la Ley 1474 si subrogó el artículo 45 de la Ley 610, en tanto ésta disposición establecía un plazo para adelantar la investigación de tres (3) meses prorrogables por dos (2) meses más, el cual fue ampliado por el citado artículo 107, cuando estableció que las pruebas decretadas dentro del proceso de responsabilidad fiscal deben practicarse dentro de los dos (2) años siguientes a la notificación del auto que las decreta.
4. Que, en tal virtud, el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 amplió a dos (2) años el plazo para practicar pruebas en la investigación, término que se cuenta a partir de la notificación del auto de apertura de investigación que contiene el decreto de pruebas, al cabo del cual, el funcionario de control fiscal con base en las pruebas recaudadas, debe decidir si formula imputación o dispone el archivo de la actuación. Cabe anotar que el mismo término de dos (2) años, por virtud del referido artículo 107, es el que se tiene para practicar las pruebas ordenadas luego del traslado de la imputación de responsabilidad fiscal, si se adoptó esta determinación.
5. Que carecería de sentido la norma fijada en el artículo 107 de la Ley 1474 si se interpreta como una autorización para practicar las pruebas decretadas en un plazo de dos (2) años, pero al mismo tiempo se entiende que en virtud del citado artículo 45 es imperativo resolver si se formula imputación o se archiva la actuación cuando han pasado solo tres (3) o cinco (5) meses desde el momento en que se notifica el auto de apertura de investigación.
6. Que, en tanto el artículo 107 de la Ley 1474 establece que el órgano de control fiscal tiene un plazo de dos (2) años para practicar pruebas en la investigación y con base en ellas decidir si formula imputación o dispone el archivo de la actuación, no se puede exigir, a través de la acción de cumplimiento, que la Contraloría General de la República aplique el artículo 45 de la Ley 610 a los procesos de responsabilidad fiscal que allí se adelantan dado que su contenido, se reitera, fue subrogado por el citado artículo 107.

⁴¹ En consecuencia, el artículo 39 de la Ley 610 no fue subrogado por el artículo 107 de la Ley 1474.

En este orden de ideas, la Sección Quinta del Consejo de Estado pasó por alto que para imponer el cumplimiento de una norma es necesario que sea lo suficientemente precisa y no exista ningún tipo de incertidumbre sobre su objeto, vigencia y exigibilidad, y que en el presente evento, el artículo 45 de la Ley 610, disposición cuyo cumplimiento solicitó el demandante Luis Fernando Feria Montes a través de la acción de cumplimiento, no estaba vigente y, por tanto, no era exigible, en razón a que la regla que fijaba allí el término de duración de la investigación fue sustituida por la prevista en el artículo 107 de la ley 1474, al establecer un plazo de dos (2) años para la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de investigación.

De otra parte, y al margen de las razones antes planteadas, la Sala advierte que tampoco existía fundamento probatorio para acceder a las pretensiones planteadas por el demandante Luis Fernando Feria Montes toda vez que la respuesta dada por la Contraloría General de la República, y mediante la cual se pretendió acreditar la renuencia al cumplimiento, pone de presente el criterio interpretativo de ese organismo de control fiscal sobre la aplicabilidad de los artículos 45 y 46 de la Ley 610, más no demuestra que en los procesos de responsabilidad fiscal los funcionarios hubieren dejado vencer los términos para adelantar la investigación luego de la apertura del proceso, es decir que hubieren inobservado un deber, por lo que concluirlo así no es más que una presunción derivada de la postura planteada por la Contraloría General de la República en la respuesta al derecho de petición, pero no una situación fáctica demostrada con elementos probatorios dentro de la acción de cumplimiento.

Por lo anteriormente expuesto, se concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso, en razón a que la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo en la sentencia de 16 de agosto de 2016, porque no dio aplicación al artículo 9º de la Ley 393 de 1997, en virtud del cual la acción de cumplimiento era improcedente, lo cual llevó a que ordenara *“[...] a la Contraloría General de la República que, mediante el mecanismo más célere y eficaz, informe a las dependencias encargadas del trámite de los procesos de responsabilidad fiscal que el artículo 45 de la Ley 610 de 2000 no fue subrogado por el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, por tanto, su aplicación y atención resulta de obligatorio cumplimiento, como también sucede con el artículo 46 de la misma Ley 610 de 2000”*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que: i) es obligación del juez de tutela adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva e inmediata de los derechos conculcados; ii) que no es posible dejar en firme la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 16 de agosto de 2016; y iii) con el fin de garantizar los derechos fundamentales de la Contraloría General de la República, la Sala dispondrá:

a) **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

b) En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de cumplimiento Nro. **25000-23-41-000-2016-01063-01**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En este orden, no se devolverá la acción de cumplimiento Nro. **25000-23-41-000-2016-01063-01** a la Sección Quinta del Consejo de Estado para que dicte nueva sentencia atendiendo a las consideraciones expresadas para este caso en particular, sino que en ésta sentencia se dictará la **decisión de reemplazo** en orden a garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales.

La anterior **decisión de reemplazo** se adopta porque es necesario y urgente garantizar los derechos fundamentales de la parte accionada y de todas las personas que están siendo sometidas a procesos de responsabilidad fiscal, en los cuales es imperioso proteger, sin mayor tardanza, el derecho fundamental al debido proceso y el principio de legalidad procesal, de modo que las actuaciones del órgano de control fiscal se surtan conforme a la normativa vigente y atendiendo los plazos de carácter preclusivo fijados en la ley; ello por cuanto resulta ser esta la decisión menos lesiva para la responsabilidad del Estado y más garantista para quienes han visto afectados sus derechos por la orden dada en la sentencia de 16 de agosto de 2016.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho al debido proceso solicitada por la **Contraloría General de la República** en contra de la **Sección Quinta del Consejo de Estado** y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS JURIDICOS** la sentencia proferida, el 16 de agosto de 2016, dentro de la acción de cumplimiento Nro. 25000-23-41-000-2016-01063-01.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de cumplimiento Nro. **25000-23-41-000-2016-01063-01**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes de la acción de cumplimiento Nro. 25000-23-41-000-2016-01063-01, en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta sentencia, conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley No. 2591 de 1991, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ