

ACCION DE TUTELA EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Improcedencia por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, para controvertir material probatorio

(...) el accionante podrá discutir, en los procedimientos administrativos o judiciales en que se utilice como prueba, la validez del informe final de la Contraloría, en tanto dicho documento no produce efectos jurídicos en la situación del accionante de forma autónoma y tiene por finalidad servir de prueba en el marco de un eventual proceso de responsabilidad fiscal.

INFORME DE AUDITORÍA DE LA CONTRALORÍA-Acto administrativo intermedio de naturaleza técnica

AUDITORIA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Naturaleza jurídica

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Características

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO COMO MECANISMO DE DEFENSA EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Reiteración de jurisprudencia

Referencia: Expediente T-8.124.739

Acción de tutela instaurada por Carlos Arturo Robles Julio contra la Contraloría General del Departamento de La Guajira.

Magistrado sustanciador:

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil dos mil veintiuno (2021)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paula Andrea Meneses Mosquera y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 24 de diciembre de 2020¹, el señor Carlos Arturo Robles Julio interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio, contra la Contraloría General del Departamento de La Guajira (en adelante “la contraloría”), con el fin de obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso. Lo anterior, pues consideró que fue conculcado en el marco de la auditoría gubernamental con enfoque integral, realizada a la Universidad de La Guajira por la Contraloría. En consecuencia, solicita “dejar sin efecto jurídico lo contenido en el informe final de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial, practicada en la Universidad de La Guajira, mediante comunicación Externa No. 359-14822020, de fecha 14 de agosto de 2020”²; así como todas las actuaciones administrativas realizadas por el ente de control con posterioridad a la notificación de dicho informe.

A. HECHOS RELEVANTES

1. Mediante comunicación externa 369-14082020³ de la Contraloría, se ordenó la realización de una auditoría gubernamental con enfoque integral a la Universidad de La Guajira, con el objetivo general de “[d]eterminar las acreencias pendientes entre la Gobernación del Departamento de La Guajira y la Universidad de La Guajira que han generado procesos de jurisdicción coactiva, que han sido acusado de ilícitos e ilegales los cuales presuntamente han lesionado el patrimonio público y suspendido la prestación de servicios públicos por parte del Departamento”⁴. Dicha auditoría se enmarcaría dentro de los lineamientos establecidos en la Resolución No. 118 del 24 de julio de 2018, “Por medio de la cual se adopta la Guía de Auditoría Territorial de la Contraloría General del Departamento de La Guajira (G.A.C.G.D.G.V-1.0) para el ejercicio del control fiscal a los entes y/o asuntos sujetos de control de la contraloría general del Departamento de La Guajira”.

1. El 14 de agosto de 2020 se expidió acto administrativo de suspensión del señor Carlos

Arturo Robles Julio, quien se desempeñaba como rector de la Universidad de La Guajira.

1. A través de comunicación externa No. 523-24112020, la contraloría del departamento dio a conocer el “Informe Preliminar de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial realizada a la Universidad”.

1. Después de recibir la respuesta de la Universidad de La Guajira a los hallazgos descritos en el informe preliminar, la contraloría emitió comunicación externa No. 542-12122020, a través de la cual notificó el “Informe Final de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial” a dicha institución de educación superior.

1. Los cuestionamientos realizados por el accionante en la acción de tutela se centran en los siguientes aspectos:

i. En el informe preliminar “se desarrollaron temáticas y posiciones que jamás fueron tratados con el equipo auditor (Alexander Guerra y Hernán Lucila Castillo), observando posiciones antagónicas y totalmente contrarias, lo que permite inferir que este informe no fue realizado directamente, por los funcionarios antes mencionados”⁵.

i. En el informe final “aparecen los funcionarios Roberto Quintero Zárate y Rober Maestre Córdoba, quienes en ningún momento fungieron dentro del memorando de encargo, como auditores, ni se le fue notificado al ente auditado la participación de funcionarios diferentes a los asignados en la comunicación Externa No. 369-14082020”⁶.

i. La presentación y el traslado de los hallazgos no sigue la metodología contemplada en la Resolución No. 118 de 2018, sino que se habría ceñido a la metodología establecida en la Resolución No. 202 del 13 de noviembre de 2020 (que modificó la guía de auditoría de la

Contraloría General del Departamento de La Guajira). Esto, pese a que esta última resolución fue proferida con posterioridad a la realización de la auditoría, por lo que se interpreta que esta habría sido aplicada de manera retroactiva.

i. Para el momento en que el accionante fue suspendido en sus funciones como rector, no existía proceso de responsabilidad fiscal en su contra.

A. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

1. El 30 de diciembre de 2020, la Contraloría General del Departamento de La Guajira solicitó al juez de primera instancia que la acción de tutela fuera declarada improcedente, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. También, pidió oficiar a las contralorías departamentales, distritales y municipales “para que manifiesten, certifiquen al despacho si en ellas han cambiado, excluido o adicionado auditores en las auditorías que adelanta la entidad”⁷.

1. La primera de las solicitudes se fundamentó en que la acción de tutela “no procede, en principio, para dejar sin efecto jurídico los actos administrativos expedidos por autoridades públicas en ejercicio de sus funciones, pues el ordenamiento jurídico prevé las pertinentes vías ordinarias para satisfacer este tipo de pretensiones”⁸. Agregó que, sumado a lo anterior, la acción de tutela no podría ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, porque “la accionante [sic] no demuestra en el libelo tutelante, el perjuicio irremediable que se le está causando con la notificación de la Auditoría Gubernamental con enfoque integral modalidad especial practicada a la Universidad de La Guajira”⁹. Profundizando en lo anterior, afirmó que la Corte Constitucional ha reiterado que los actos administrativos de carácter particular deben ser cuestionados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁰.

1. A pesar de que consideró que la acción constitucional era improcedente, estimó pertinente pronunciarse de fondo sobre el asunto debatido, por lo cual aseguró que la contraloría respetó el debido proceso administrativo de la universidad. En primer lugar, afirmó que “esta acción de tutela tiene un trasfondo claro y diáfano: evitar que La Guajira recupere Cincuenta y un mil trescientos diez millones veintiún mil quince pesos (...) que este órgano de control detectó en seis hallazgos fiscales en la auditoría que el accionante ataca y censura, de los cuales cinco mil ochocientos veintitrés millones, quinientos setenta y cuatro mil doscientos veinticinco pesos (...) estuvieron a punto de perderse, si no es por la acción oportuna y pronta de la Contraloría”¹¹.

1. Ahora bien, después de explicar algunas de las competencias y facultades del contralor, argumentó que los actos administrativos tienen efectos inmediatos y que el accionante pretende confundir al juez con la figura de la irretroactividad. Sobre la aplicación inmediata de las modificaciones normativas a los procedimientos, mencionó la sentencia C-619 de 2001 y respecto a la eficacia del acto administrativo las sentencias C-069 de 1995 y C-1436 de 2000. Así mismo, trajo a colación la sentencia del 12 de diciembre de 1984 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Con base en dicha jurisprudencia, explicó que la Resolución 202 de 2020 debía aplicarse a todos los procesos que se encontraran en curso al 13 de noviembre de ese año, incluido el que se censura.

1. Adicionalmente, señaló que “el contralor General del Departamento de La Guajira puede intervenir en cualquier momento en los procesos auditores que se adelanten en la entidad, inclusive los que estén en trámite, bien sea para disponer cambios en el alcance, o en las comisiones de auditores, o en aspectos procesales o de fondo de ellos, sin que le sea oponible ninguna reserva legal ni constitucional”¹². En ese sentido, consideró que los artículos 167, 168 y 272 de la Constitución lo habilitaban para asignar dos funcionarios adicionales al grupo auditor, pese a lo que hubiere sido dispuesto en la Resolución Interna 118 de 2018. Sobre el particular, expuso que esa entidad “no requiere autorización ni

consentimiento de ningún (sic) entidad, ni de sus sujetos vigilados para cambiar los auditores, o para reforzar las comisiones de auditoría”¹³; y de otra parte, sostuvo que “[los] funcionarios que apoyaron la auditoría especial sobre la Universidad de La Guajira lo hicieron en ejercicio de funciones públicas, como funcionarios de la entidad”¹⁴, dado que los señores Roberto Maestre Córdoba y Rober Quintero Zárate hacen parte de la planta global de la Contraloría. Finalmente, la accionada esbozó las razones técnicas por las que adicionó funcionarios a la auditoría realizada.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Riohacha (La Guajira)

1. El 12 de enero de 2021, el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Riohacha resolvió tutelar transitoriamente los derechos al debido proceso y a la confianza legítima del accionante, por lo que ordenó suspender los efectos del Informe Definitivo Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial, referido a la Universidad de La Guajira y advertir al señor Robles Julio “que deberá acudir a la vía ordinaria”¹⁵ y que los efectos del fallo se mantendrán durante el término de dicho trámite judicial.

1. La sentencia indicó que en el presente caso se configura una de las excepciones de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, esto es, cuando se demuestra que esta se ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que sea inminente y grave, y requiera la adopción de medidas urgentes e imposterables. Lo anterior, dado que “con el proceder de la entidad accionada, (...) se denotan irregularidades procedimentales que colocan en tela de juicio el derecho fundamental del debido proceso el actor”¹⁶. En la providencia de primera instancia se indicó que el acto administrativo cuestionado en la acción de tutela “desconoció el derecho

fundamental del actor al debido proceso, bajo el supuesto de defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico”17.

1. Sobre el reemplazo de los auditores que habían sido nombrados en esa calidad mediante comunicación externa No. 369-14082020, manifestó lo siguiente:

“[S]e debe tener en cuenta que los auditores antes mencionados, según las explicaciones brindadas por la entidad accionada, no firmaron el informe definitivo porque habían decidió unilateralmente marginarse de esa labor, lo que para este Despacho Judicial es reprochable e inconcebible, teniendo en cuenta que los mismos, de suyo, estaban en la obligación ética y profesional, de realizar las funciones encomendadas en la Comunicación Externa No. 269-14082020.

(...)

[N]os topamos con un oficio fechado 22 de diciembre de 2020, dirigido al doctor José Manuel Moscote Pana, Contralor General del Departamento de La Guajira, denominado en asunto como Respuesta Comunicación Interna No. 041-22122020, donde los señores Hernán Lucila Castilla Solano, Alexander Guerra Mejía y Olga Iguarán Zúñiga, le manifestaron que no habían participado en el traslado de los hallazgos fiscales disciplinarios y penales detectados en la Auditoría Especial realizada sobre la Universidad de La Guajira, dado que no habían intervenido, ni habían sido tenidos en cuenta en la configuración de las observaciones, ni en la estructuración del informe preliminar, así como tampoco en el análisis de las respuestas a las observaciones presentadas por la Universidad y la Gobernación de La Guajira, ni en el Informe Definitivo notificado a estos sujetos de control; así como tampoco, habrían sido tenidos en cuenta como Equipo Auditor en el traslado del hallazgo fiscal No. 2 realizado por parte del equipo de apoyo conformado por los funcionarios Rober Maestre y Roberto

Quintero; por lo que le habían manifestado la inconveniencia para suscribir los traslados con las diferentes connotaciones, argumentando por los mismos funcionarios, que dicho comportamiento era contrario a lo establecido en la Resolución 202 de noviembre 12 de 2020 en su artículo cuarto, numerales 7.2.1 y 7.2.3.”¹⁸.

1. De otra parte, ese despacho judicial consideró que la otra circunstancia que evidencia la violación del debido proceso de la parte actora es la modificación de la Guía de Auditoría de la Contraloría General del Departamento de La Guajira a través de la Resolución 202 del 12 de noviembre de 2020, pues pese a que el Contralor está habilitado para ello, “pareciera que [dicha] modificación se hubiera llevado a cabo como una necesidad del ente de control para poder nombrar a los señores Roberto Quintero Zárate y Rober Maestre Córdoba, teniendo en cuenta que dicha modificación se realizó el día 13 de noviembre de 2020 y la asignación de los funcionarios se llevó a cabo el día 17 del mismo mes y año, es decir, 4 días después (...), lo que sin duda refleja en los administrados inseguridad jurídica, tal como lo reprocha en la presente acción de tutela la parte accionante, teniendo en cuenta que ni siquiera se le comunica de dichos cambios, ni de la asignación de nuevos funcionarios”¹⁹.

1. Adicionalmente, la sentencia indicó que, por todo lo anterior, la entidad accionada incumplió con sus deberes de transparencia y buena fe y que es irrelevante para el análisis del caso concreto que otras contralorías departamentales adopten actitudes similares.

1. Habiendo advertido yerros en el procedimiento administrativo adelantado por la Contraloría de La Guajira, se concluyó que se habían vulnerado los derechos fundamentales del accionante, como rector del ente universitario. Estimó que, como medida preventiva, era necesario suspender los efectos del “Informe Definitivo Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial” practicado a la Universidad de La Guajira del 15 de diciembre de 2020, mientras se daba inicio al respectivo proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Impugnación

1. El 19 de enero de 2021 la Contraloría General del Departamento de La Guajira impugnó el fallo proferido en sede de primera instancia, argumentando que el accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable y la juez no analizó si este existía. Así mismo, centró su escrito en la comprobación de la ausencia de violación al debido proceso en la auditoría que se realizó sobre las vigencias 2015 a 2019 de la Universidad de La Guajira.

1. La tesis de la improcedencia por falta de acreditación de un perjuicio irremediable la sustentó en que “lo que representa el informe definitivo de auditoría es un insumo para que los funcionarios competentes decidan si abren o no investigaciones penales, disciplinarias o fiscales”²⁰.

1. En relación con el asunto de la violación al debido proceso, el impugnante defendió su postura señalando lo siguiente:

i. “La modificación de los auditores es una actividad frecuente en las auditorías que se llevan a cabo en todo el país, tal como lo confirman las 6 certificaciones que aportamos con el escrito de respuesta a la tutela; por tanto, se trata de un acto de mero trámite, en el que se tratan asuntos internos de las contralorías que no afectan derechos fundamentales de los sujetos vigilados. (...) Por otro lado, en ninguna parte de la Guía auditoría de este órgano de control se exige que los cambios de los auditores deban comunicarse al sujeto vigilado para que sea válida o surta efectos”²¹.

i. Si se aceptara esa idea, la Contraloría tendría que comunicar cada cambio en la planta de personal a más de mil personas. Además, de esa manera el “juez de tutela sustituye al poder

legislativo adicionando un requisito de validez del acto interno de trámite de entidades públicas”²². Por otra parte, alegó que “[q]uien hace el control fiscal es la Contraloría como órgano, no los funcionarios en particular”,²³ de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución y el artículo 2° de la Ley 330 de 1996, así como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁴ y el Consejo de Estado²⁵. No obstante, el autor de la impugnación afirma que “[n]o es cierto que la Contraloría general del departamento de La Guajira haya excluido o reemplazado a los tres auditores iniciales de la auditoría”²⁶, en primer lugar porque Olga Iguarán estuvo anímicamente afectada y pidió vacaciones con ocasión de la muerte de su esposo, posiblemente por Covid-19, mientras que Alexander Guerra y Hernán Lucila Castilla continuaron participando en el procedimiento, en conjunto con los auditores incluidos en el equipo. Su trabajo fue incluido en el informe preliminar y luego decidieron autónomamente no participar en el informe final, pero no porque el contralor los hubiese excluido.

i. La ausencia de comunicación al rector de la universidad de la modificación efectuada al procedimiento interno de auditoría mediante la Resolución 202 de 2020 tampoco desconoció el derecho al debido proceso del accionante, por tratarse de un acto interno e instrumental de la Contraloría para el ejercicio del control fiscal; en este caso “se cumplió el protocolo para [la] modificación del procedimiento para hacer auditoría”²⁷; “[q]ue no crea, modifica o extingue derechos de los sujetos vigilados[; que] no pone fin a ninguna actuación administrativa, ni investigación adelantada por el ente de control el accionante ni contra ningún funcionario”²⁸; y que fue publicada en la página web de la entidad. Adicionalmente, puso de presente que “[e]n el 2020 no solo se modificaron los procedimientos para hacer auditorías, [pues] también se modificaron los de los otros procedimientos misionales”²⁹.

i. No es cierto que “[l]as modificaciones hechas por la accionada al procedimiento interno de auditoría fueran abruptas, sorpresivas, unilaterales y hechos (sic) a la conveniencia de la contraloría”³⁰; sino que, por el contrario, ellas fueron “necesarias, eficaces y legítimas”. La inferencia en contrario es una especulación sin soporte probatorio.

i. “En su fallo el juez [sic] se basa en conceptos como el defecto procedimental absoluto, contradiciendo su propio análisis, cuando reconoce en el Contralor General del Departamento de La Guajira la capacidad jurídica de dirigir el proceso auditor, asignar los funcionarios para hacer las auditorías y hacer las modificaciones que considere bajo el amparo de la ley”³¹.

i. El procedimiento auditor seguido en la Universidad de La Guajira fue respetuoso del debido proceso, en tanto se surtieron todas las etapas del proceso auditor exigidas por la guía territorial de auditoría, se concedieron tres días hábiles para responder al informe preliminar de auditoría; la auditoría fue realizada por funcionarios de la planta de la entidad con perfiles idóneos, el procedimiento fue comunicado a la entidad antes de su iniciación, el informe preliminar fue comunicado oportunamente, las inquietudes presentadas por la universidad fueron analizadas y respondidas en su integridad, y se elaboraron las respectivas actas.

1. Además de lo anterior, afirmó que, si se asienta la regla jurisprudencial de que cambiar los auditores durante el procedimiento es violatorio del debido proceso, se estaría transgrediendo “la autonomía de las contralorías del país y quebra[ntando] el principio de legalidad”³². Agregó que “[l]as actuaciones del Contralor que el juez [sic] de tutela censura fueron las que permitieron destapar una olla de corrupción entre funcionario de la Universidad y la Gobernación que le han costado [a] La Guajira más de 51 mil millones de pesos”³³. Adicionalmente, arguyó que “[l]os jueces de tutela no pueden adicionar requisitos de validez ni eficacia a los actos expedidos por las autoridades administrativas”³⁴. Finalmente, adujo que la jueza de tutela desbordó sus competencias al amparar la seguridad jurídica, pese a que el accionante no lo había peticionado.

Sentencia de segunda instancia, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira)

1. El 2 de febrero de 2021, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha confirmó la

decisión impugnada. Consideró que se irrespetaron los derechos fundamentales del accionante, habida cuenta de que se aplicó retroactivamente la modificación efectuada a la guía de auditoría y que el contralor no tuvo en cuenta las observaciones realizadas por el equipo inicialmente designado. Indicó que “[h]ace más gravosa la situación la relevación que realiza el grupo auditor en comentario, cuando mencionan que el grupo auditor ha realizado observaciones que no corresponden a la realidad, tal como la entrega extemporánea de documentación o las anotaciones y las mismas no coinciden con los hallazgos encontrados por el grupo auditor, además de la inclusión de temas que no fueron objeto de auditoría, frente a esto, queda clarificado que los informes tenidos en cuenta para la apertura de la investigación fueron rendidos sin el lleno de los requisitos legales y en inobservancia de las garantías legales y constitucionales”³⁵.

1. Se aclaró que lo anterior no constituye pronunciamiento sobre “la posible falta fiscal en la que puede estar incurriendo el rector de la Universidad de La Guajira, por el supuesto desvío o falta de los dineros correspondientes al erario público”³⁶.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. La Secretaría General de la Corte registra las siguientes actuaciones adelantadas en sede de revisión:

i. Solicitud de selección del expediente, presentada el 23 de febrero de 2021 por el Contralor General del Departamento de La Guajira.

i. Auto de sustanciación del 31 de mayo de 2021, a través del cual se solicitó a los despachos judiciales en los que se surtieron la primera y segunda instancia que allegaran al despacho

del Magistrado ponente las piezas procesales completas del expediente.

i. Oficio con anexos remitido el 3 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento del Departamento de La Guajira, en respuesta al requerimiento anteriormente referenciado.

i. Intervención de la Contraloría General de la República, enviada el 29 de junio de 2021.

i. Auto de pruebas del 27 de julio de 2021.

i. Auto que ordena acceder a la solicitud de copias presentada por la Defensoría del Pueblo, del 27 de julio de 2021.

i. Intervención de la Defensoría del Pueblo, presentada el 20 de agosto de 2021.

1. Los puntos expuestos en la intervención presentada por la Contraloría General de la República son los que se reseñan a continuación:

i. El informe de auditoría no es un acto administrativo, sino “un documento eminentemente técnico, mediante el cual el ente de control fiscal ejerce sus atribuciones”³⁷. Por lo anterior, expone que “pese a que el informe final de auditoría es un documento que sirve de base para dar inicio, o no, a un proceso de responsabilidad fiscal, es en ese específico escenario

en donde el interesado puede controvertir los hallazgos encontrados”³⁸.

i. “El hallazgo puramente administrativo, se ha definido como una situación en donde la gestión fiscal de una entidad no se está desarrollando plenamente, de acuerdo con los principios generales establecidos para la función administrativa y la gestión fiscal; empero, ello no implica ni tiene el alcance de configurar una responsabilidad fiscal, disciplinaria o penal. Frente a los hallazgos meramente administrativos, las Contralorías tienen la potestad de amonestar o llamar la atención a los servidores públicos o particulares que han actuado de forma contraria a los principios generales de la función pública (Ley 42 de 1993)”³⁹.

i. Los fallos de tutela revisados por la Corte desconocen el carácter subsidiario de la acción de tutela.

1. En cuanto a la respuesta del rector de la Universidad de La Guajira al auto de pruebas del 27 de julio de 2021, se informó que el 12 de mayo del mismo año fue instaurada demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en relación con los hechos contenidos en la acción de tutela. El conocimiento del asunto “fue asignado al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Riohacha, bajo el radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00026-00”.

1. Por su parte, la Defensoría del Pueblo sostuvo la posición de que la Corte debería dejar sin efectos las sentencias de tutela de instancia, para negar las pretensiones del demandante, en la medida en que no se pueden restringir las competencias de las contralorías y la etapa de investigación previa en los procesos fiscales goza de independencia.

1. También informó que “no solo existe la tutela de la referencia, sino que también fueron interpuestas las propias por los demás funcionarios investigados por los presuntos hallazgos

fiscales que derivaron en la auditoría realizada, por lo que, permitir que una interpretación que favorezca la posición respecto de las partes, es trasladar al investigado un poder de intervención en los procesos fiscales que degeneraría su naturaleza autónoma, la cual está justificada en su finalidad”⁴⁰.

1. Así mismo, afirmó que en el caso no se configura un perjuicio irremediable, porque “la decisión objeto de estudio no tiene la virtualidad de generar afectación al derecho al debido proceso (...) Lo anterior, sin perjuicio de que la acción de tutela, en primera medida, no sea el trámite previsto para controvertir las actuaciones de la Contraloría en sede judicial sino los medios de control dispuestos para ello ante la jurisdicción contencioso-administrativa”⁴¹.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la revisión de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política; los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991; así como en virtud del Auto del 30 de abril de 2021, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Tres de esta Corte, que decidió someter a revisión la decisión adoptada por los jueces de instancia dentro del presente proceso⁴².

A. CUESTIÓN PREVIA: PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Antes estudiar el fondo del asunto objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional,

corresponde determinar si la presente acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política⁴³ y desarrollados por el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional. Se trata de analizar si la controversia versa sobre la protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado; si las partes están legitimadas para actuar en el proceso; y si se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela.

1. Legitimación en la causa: La legitimación en la causa por activa se refiere a que el promotor de la acción de tutela esté habilitado para emplear dicho mecanismo judicial, porque es el titular de los derechos cuya protección reclama, o debido a que actúa a través de la figura de la agencia oficiosa, o la representación (legal o contractual). Al respecto, el artículo 86 constitucional preceptúa que “toda persona tendrá acción de tutela”. En desarrollo de lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que esta “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”.

1. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede contra “cualquier autoridad pública”, y asigna a la ley el establecimiento de los casos en los que esta “procede contra particulares”.

1. A la luz de lo anterior, se analiza que el señor Carlos Arturo Robles Julio está legitimado para interponer la acción de tutela que se estudia, porque con ella se pretende que se juzgue si se vulneró el derecho al debido proceso, con ocasión de algunas circunstancias enmarcadas en la realización de una auditoría fiscal practicada en la Universidad de la Guajira⁴⁴ y quien interpuso la acción de tutela en ese momento se desempeñaba como cabeza de esa institución. Lo anterior, según certificado de existencia y representación legal expedido por el Ministerio de Educación Nacional, en el que consta que en el momento de interposición de la acción el señor Robles Julio se encontraba activo como rector y representante legal de esa universidad. Dicho documento fue allegado al expediente después

de que, mediante auto admisorio del 28 de diciembre de 2020, la jueza segunda penal municipal de Riohacha oficiara al accionante para que aportara el certificado que acreditara su calidad de rector de la universidad.

1. Por su parte, la Contraloría General del Departamento de La Guajira se encuentra legitimada por pasiva respecto de la petición de dejar sin efectos la comunicación externa No. 359-14822020 (y todos los actos que la preceden) en la medida en que, según lo regulado en los artículos 267 y 272 constitucionales⁴⁵, esta es una entidad pública del orden territorial, catalogada como órgano de control, que ejerce una función pública y cuyas actuaciones son cuestionadas por presuntamente lesionar el derecho fundamental cuya protección se pretende.

1. No obstante, ese organismo no está legitimado en lo referente a la suspensión del cargo de rector del señor Carlos Arturo Robles Julio, dado que no se evidencia que su vinculación laboral con la administración pública dependa de la Contraloría y tampoco se advierte que ese hecho hubiera ocurrido como consecuencia de una decisión adoptada por esta. Se aclara que, aunque este asunto no figura como pretensión en la acción de tutela, sí fue reseñado por la parte actora como una de las irregularidades procedimentales que se censuran.

1. Inmediatez: El artículo 86 constitucional establece que la acción de tutela es un mecanismo para la “protección inmediata” de los derechos fundamentales que puede ser interpuesto “en todo momento y lugar”, respecto de lo cual la Corte ha interpretado que, si bien no existe un término de caducidad para la interposición de la acción, esta debe ser instaurada en un tiempo razonable, atendiendo su finalidad de solucionar de manera urgente las situaciones que vulneren o amenacen los derechos fundamentales⁴⁶.

1. De esa manera, la jurisprudencia ha precisado que “el principio de inmediatez se debe estudiar y analizar a partir de tres reglas. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la

inmediatez es un principio que busca proteger la seguridad jurídica y garantizar la protección de los derechos fundamentales de terceros, que puedan verse afectados por la interposición de la acción de tutela dentro de un tiempo que no es razonable. En segundo lugar, el análisis de la inmediatez debe hacerse a partir del concepto de razonabilidad, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto. En tercer lugar, es evidente que el concepto de ‘plazo razonable’ se predica de la naturaleza misma de la acción de tutela, en tanto ésta constituye una respuesta urgente e inmediata ante una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales”⁴⁷ (resaltado en el texto original).

1. En el presente caso la acción de tutela fue presentada en un término razonable, pues solo transcurrió un lapso de doce días calendario entre la última actuación administrativa registrada dentro de la auditoría gubernamental con enfoque integral por parte de la contraloría (comunicación Externa No. 359-14822020 contentiva del informe final) y la interposición de la acción de tutela, que se dio el 24 de diciembre de 2020.

1. Subsidiariedad: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 superior, desarrollado por los artículos 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene carácter subsidiario, de tal forma que solo puede ser empleada como mecanismo definitivo de protección cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando existiendo no sea idóneo o eficaz para la protección de los derechos fundamentales; y como mecanismo transitorio cuando se verifique la existencia o inminencia de un perjuicio irremediable.

1. En este sentido, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos”⁴⁸, y ha reconocido que tal situación “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”⁴⁹.

1. En el caso concreto, las pretensiones expuestas en el escrito de tutela se encaminan a

“dejar sin efecto jurídico lo contenido en el informe final de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial, practicada en la Universidad de La Guajira, mediante comunicación Externa No. 359-14822020, de fecha 14 de agosto de 2020”⁵⁰; así como todas las actuaciones administrativas realizadas por el ente de control con posterioridad a la notificación de ese documento.

1. Pese a que en las instancias la discusión se centró en la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos y la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, lo cierto es que estos informes no producen efectos jurídicos de forma autónoma, porque no modifican, crean o extinguen situaciones jurídicas institucionales o personales; por el contrario, son solo insumos para iniciar eventuales procesos de responsabilidad fiscal o sancionatorios. Así, es importante destacar que los informes de auditoría no constituyen actos administrativos.

1. A manera ilustrativa, el Consejo de Estado ha esbozado las siguientes consideraciones al respecto, contenidas en autos que resuelven rechazar demandas de nulidad o nulidad y restablecimiento, instauradas contra informes finales de auditoría:

“[E]l informe censurado no constituye una manifestación unilateral de la voluntad de la administración tendiente a producir efectos jurídicos, por cuanto este documento recoge un conjunto de conceptos y de opiniones técnicas sobre la gestión fiscal de la entidad auditada, que por lo tanto no tiene efectos frente a los administrados, pues es una información que proviene de una actuación de control fiscal puramente preventiva y correctiva, que por virtud de su objeto, no es demandable”⁵¹ (subrayas fuera del texto original).

“[E]l Informe Definitivo de Auditoría Regular (...) tampoco corresponde a un acto administrativo demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por cuanto de su lectura se observa que corresponde a un acto de trámite, en tanto que corresponde a un documento que tiene como finalidad diagnosticar y evaluar la gestión fiscal de la

Contraloría General de la República en el período fiscal anteriormente señalado, el que, probablemente servirá de fundamento para que la entidad demandada inicie el correspondiente proceso administrativo, este si es susceptible de control judicial ante esta Jurisdicción”⁵².

1. A lo dicho se agrega que el artículo 28 de la Ley 610 de 2000 dispone que “los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley”. Adicionalmente, el artículo 136A del CPACA establece que “los fallos con responsabilidad fiscal tendrán control automático e integral de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

1. Con lo expuesto queda claro que lo criticado por el accionante respecto a la elaboración del “Informe Gubernamental de Auditoría con Enfoque Integral” en relación con las vigencias fiscales 2015 a 2019 en la Universidad de La Guajira, -relacionadas con las circunstancias en las que se produjo la variación de los funcionarios auditores y la forma como se aplicó en el tiempo la modificación a la guía de auditoría durante el procedimiento administrativo que se adelantó en la Universidad de La Guajira-, deberán ser discutidos cuando se controviertan las pruebas que se aporten en eventuales procedimientos administrativos o procesos judiciales, que se adelanten en contra de esa institución o cuando se cuestionen los actos que pongan fin a ellos.

1. Igualmente, no se advierte que el documento cuestionado tenga la virtualidad de representar una consecuencia negativa para el señor Robles Julio o para la institución de educación superior que representa, y en caso de que efectivamente se hayan presentado irregularidades en la elaboración del informe, la parte afectada contará con los espacios establecidos en el ordenamiento para repeler las consecuencias negativas que se puedan derivar de ello. Esto es, en el debate probatorio que se suscite en el marco de los respectivos escenarios procesales o procedimentales que eventualmente se adelanten o cuando sus

resultas sean controvertidas ante la autoridad judicial competente. Al respecto, es relevante mencionar que el rector de la Universidad de la Guajira informó a esta corporación que ya se interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se discute la legalidad de las actuaciones de la Contraloría.

1. En definitiva, no puede acreditarse el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en el caso examinado porque los asuntos que se discuten deberán ser ventilados en los espacios y en el momento en que este informe pretenda ser empleado en un proceso administrativo o judicial. Esta Sala resalta que, aunque la parte actora solicite que se suspendan las actuaciones administrativas realizadas por la Contraloría Departamental con posterioridad a la notificación del informe, lo cierto es que, además de que no está acreditado que se haya adelantado alguna actuación administrativa susceptible de control jurisdiccional, en todo caso, el juez constitucional no está en la capacidad de impedir que los órganos del Estado cumplan con la función a ellos encomendada por la Constitución y la Ley, en el supuesto de que lo que se pretenda sea impedir que la Contraloría inicie un proceso de responsabilidad fiscal y mucho menos evitar un pronunciamiento que sobre el particular realice la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1. Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que los mencionados informes constituyen actos administrativos, lo cierto que es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sería la llamada a dirimir la controversia y el juez constitucional no estaría habilitado para pronunciarse al respecto, dado que, como se explicó, dichos documentos no han generado alguna consecuencia concreta que permita predicar la existencia de un perjuicio irremediable, a la luz de los criterios de certeza, inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad.

1. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁵³, el perjuicio irremediable debe analizarse a partir de la presencia de un riesgo cierto (“que existan fundamentos empíricos que permitan concluir que el riesgo que se pretende evitar sí puede ocurrir dentro del

contexto fáctico y jurídico del caso”54), e inminente (“que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo”55); de sufrir un perjuicio grave (“que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona -moral o material-, pero que sea susceptible de determinación jurídica”56); que requiera la adopción de medidas urgentes (“como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso”57), e impostergables (“que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”58).

1. Al respecto, se advierte que el accionante no manifestó ni aportó pruebas, siquiera sumarias, de la existencia de un riesgo de afectación inminente y grave de sus derechos fundamentales o de la institución de educación superior que preside, el cual requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables de protección por parte del juez de tutela.

1. Al analizar el asunto con detenimiento, se evidencia que no existe un riesgo cierto e inminente, porque el documento técnico cuestionado por el accionante aún no ha producido efectos jurídicos que puedan afectar sus derechos fundamentales de manera incuestionable, dado que, para el momento de interposición de la acción de tutela, únicamente se impuso a la universidad la obligación de presentar un plan de mejoramiento con informes periódicos⁵⁹ y se expidió auto que ordena la apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal No. 001 de 2020⁶⁰ con base en uno de los hallazgos. En consecuencia, no se ha adoptado ninguna decisión que tenga la virtualidad de afectar sus derechos o generar algún perjuicio.

1. Y tampoco se vislumbra la posibilidad de sufrir un riesgo grave, porque en el contexto jurídico no se ha generado alguna situación que ponga en riesgo inminente la vigencia de los derechos fundamentales del accionante, y, en consecuencia, no se advierte la posibilidad de que se produzca sobre estos un daño difícilmente reparable. De esa manera, no se suscita la

necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables.

1. En este sentido, el señor Robles Julio cuenta con instancias administrativas y mecanismos jurisdiccionales, que aún están en curso y no se ha adoptado una decisión, o no se han agotado, para debatir el valor probatorio de los informes, su adecuada preparación y la verdad de sus conclusiones. La acción de tutela, siendo un mecanismo subsidiario, no puede eliminar estos espacios de controversia, ni desplazar en sus funciones a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, competente para definir si las determinaciones adoptadas a partir de estos actos intermedios que contienen conceptos técnicos, se ajustan a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Habría que agregar que no existen elementos que pongan en tela de juicio la idoneidad de estos medios. Es de destacar que esta conclusión resultaría concordante con los fallos de instancia, pues en ellos se dispuso una protección transitoria, que se aplica solo “[c]uando exist[e]n otros recursos o medios de defensa judiciales”⁶¹, pero se pretende evitar un perjuicio irremediable.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si la acción de tutela de la referencia es procedente y, en particular, si cumplía con el requisito de subsidiariedad. Como resultado del análisis, la sala concluyó que la acción de tutela es improcedente para pronunciarse sobre los informes de auditoría gubernamental realizados por una contraloría departamental cuando se alegue la vulneración al debido proceso, pues su naturaleza de actos intermedios de carácter técnico implica que existen instancias administrativas y judiciales en las que es posible realizar la controversia y debate sobre su alcance y legalidad, cuandoquiera sirvan como fundamento de acto administrativos susceptibles de control jurisdiccional.

1. A partir de lo anterior, la Sala advirtió que es improcedente la acción de tutela interpuesta

por el señor Carlos Arturo Robles Julio contra la Contraloría General del Departamento de La Guajira, porque el informe final de la auditoría con enfoque integral referido a la situación de la Universidad de La Guajira, no representa ningún perjuicio irremediable para la parte accionante, dada su naturaleza jurídica de insumo o prueba dentro de otros procesos o procedimientos que eventualmente se adelanten; y en la medida en que existen distintos mecanismos idóneos para impedir que las presuntas irregularidades en las que incurrió el ente de control territorial permanezcan indefinidamente en el tiempo.

1. En definitiva, se concluyó que el accionante podrá discutir, en los procedimientos administrativos o judiciales en que se utilice como prueba, la validez del informe final de la Contraloría, en tanto dicho documento no produce efectos jurídicos en la situación del accionante de forma autónoma y tiene por finalidad servir de prueba en el marco de un eventual proceso de responsabilidad fiscal. Sumado a lo anterior, no se acredita un supuesto de perjuicio irremediable que torne procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. Al respecto, si bien el accionante solicitó el amparo de su derecho fundamental al debido proceso de manera transitoria, no manifestó ni aportó elementos que permitan al juez constitucional advertir que su intervención sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio tal, es decir, uno cierto, inminente, grave, urgente e impostergable.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira) el 2 de febrero de 2021, que confirmó la providencia dictada por el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Riohacha (La Guajira) el 12 de enero de 2021, el cual tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y a la confianza legítima. En su lugar, declarar IMPROCEDENTE el amparo solicitado.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 3591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Acta de reparto, pág. 1.

2 Demanda de tutela, pág. 17.

3 La última secuencia de números corresponde a la fecha del acto administrativo.

4 Demanda de tutela, pág. 3.

5 Ibídem.

6 Ibídem, pág. 4.

7 Respuesta de la Contraloría General del Departamento de La Guajira, pág. 1

8 Ibídem.

9 Ibídem, pág. 2.

10 Al respecto, citó la sentencia T-1021 de 2002.

11 Ibídem, pág. 5

12 Ibídem, pág. 17.

13 Ibídem, pág. 20.

14 Ibídem, pág. 21.

15 Sentencia de primera instancia, pág. 17.

17 Ibídem, pág. 16.

18 Ibídem, pág. 12.

19 Ibídem pág. 17.

20 Escrito e impugnación, pág. 8.

21 Ibídem, págs. 18 y 19.

22 Ibídem, pág. 19.

23 Ibídem, pág. 20.

24 Corte Constitucional, sentencias C-374 de 1995, C-272 de 1996 y C-557 de 2009.

25 Consejo de Estado, concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil No. 738 de octubre de 1995.

26 Escrito de impugnación, Pág. 23.

27 Ibídem, pág. 26.

28 Ibídem, pág. 26.

29 Ibídem, pág. 28.

30 Ibídem, pág. 31.

31 Ibídem, pág. 36.

32 Ibídem, pág. 2.

33 Ibídem, pág. 31.

34 Ibídem.

35 Sentencia de segunda instancia, pág. 27.

36 Ibídem, pág. 26.

37 Intervención ante la Corte Constitucional de la Contraloría General de la República, pág. 2.

38 Ibídem, pág. 3.

39 Ibídem, pág. 4.

40 Folio 9 de la Intervención de la Defensoría del Pueblo.

41 Ibídem.

42 Folio 33 del cuaderno de revisión.

43 “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

44 El Decreto Departamental 523 de 1976 establece que la Universidad de La Guajira es un ente universitario estatal autónomo de ese orden territorial. En sentencia C-380 de 2019 de declararon fundadas las objeciones gubernamentales respecto del Proyecto de Ley 058 de 2016 Cámara - 128 Senado, mediante el cual se pretendía “transformar la Universidad de La Guajira en ente autónomo del orden nacional”.

45 El artículo 267 superior dispone que “la vigilancia y el control fiscal son una función Pública” y el artículo 272 de la Constitución prevé que “la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República”.

46 Ver, por ejemplo, las Sentencias SU-961 de 1999 y SU-108 de 2018.

47 Sentencias SU-108 de 2018.

48 Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2015.

49 Ibídem.

50 Folio 17 de la demanda de tutela.

51 Consejo de Estado, auto del 5 de diciembre de 2019, Expediente No. 11001-03-24-000-2018-00389-00.

52 Consejo de Estado, auto del 18 de diciembre de 2019, Expediente No.

11001-03-24-000-2014-00204-00.

53 Corte Constitucional, sentencias T-225 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T-015 de 1995, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-1316 de 2001, T-742 de 2002, T-514 de 2003, SU-712 de 2013, T-132 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010, T-417 de 2017, T-425 de 2019.

54 Corte Constitucional, sentencia T-425 de 2019.

55 Corte Constitucional, sentencia T-471 de 2017.

57 Ibídem.

58 Ibídem.

59 Folio 8 del Informe Final de Auditoria Gubernamental con Enfoque Diferencial.

60 Folio 421 de los anexos de la demanda de tutela.

61 Decreto 2591 de 1991, Art. 6.