

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintidos (22) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 680001408801420210000600, instaurada por AMPARO CALDERÓN SÁNCHEZ, MARIA LUCILA SARMIENTO AGUILAR, CARLOS MIGUEL DURAN RANGEL, YASMID ROCIO CARRILLO MORA, MARTHA VICTORIA MARTINEZ, OMAIRA GARCÍA MALDONADO y FREDY RODRIGUEZ NARANJO en contra de la CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ, habiéndose vinculado a la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, CONTROL FISCAL CONTRALORIA DE SANTANDER, ALCALDIA MUNICIPAL DE OIBA S/DER, SECRETARIA GENERAL Y DE GOBIERNO DE OIBA S/DER, CONTROL INTERNO DE OIBA SANTANDER, SECRETARIA DE HACIENDA DE OIBA, señor CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIERREZ AUDITOR FISCAL COORDINADOR AUDITORIA, UNION TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO OIBA (integrada por ASERVIN ASESORIAS E INGENIERIA LTDA Y ACONINGSA ASOCIADOS INGENIEROS CONTRATISTAS SAS) y PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

ANTECEDENTES

Los accionantes fundamentan la demanda en los siguientes hechos:

El día 22 de diciembre de 2020 fueron notificados de la carta de observaciones N° 036 de 2020 por presuntas irregularidades en contratos celebrados por el municipio de Oiba, Santander, concediéndoseles dos días como término perentorio para dar respuesta a la misma, a pesar de haber solicitado que se les concediera una prórroga para tal efecto; decisión que fue informada por el señor CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIERREZ, auditor fiscal.

El día 23 de diciembre de 2020 dieron respuesta a las observaciones, frente a las cuales la contraloría General de Santander, en cabeza del equipo auditor Nodo Vélez presentó informe definitivo el día 29 de diciembre de 2020, sin embargo, aseguran los accionantes, que dicho informe fue presentado sin haberse realizado la evaluación de sus escritos a través de los cuales ejercieron su derecho de contradicción.

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

Afirma la parte accionante que en el informe definitivo de fecha 29 de diciembre de 2020, los funcionarios que conformaban la auditoria, solo tuvieron como único argumento que no se acogían a las contradicciones presentadas.

Por lo anterior, consideran que en el informe definitivo N°00040 de fecha 29 de diciembre de 2020, el equipo auditor no hizo un análisis de la respuesta por ellos dada, así como tampoco se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas y además se omitió dar aplicación a la resolución N° 230 de 2019 artículos 3, 27, 30, 44, 47; razón por la cual se están vulnerando sus derechos al debido proceso, derecho a la defensa y derecho de contradicción.

Así mismo, manifiestan que el informe definitivo del equipo auditor no es un concepto, sino una acusación de responsabilidades sin sustento técnico o jurídico, en el que además se equivocan al incluir en la observación número dos una presunta falta de idoneidad para recaudado de multas de tránsito a la UNION TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO OIBA integrada por ASERVIN ASESORIAS E INGENIERIA LTDA registrada con NIT No. 900.088.266-5 y ACONINGSA ASOCIADOS INGENIEROS CONTRATISTAS SAS registrada con NIT No. 804.006.019-3, unión que nada tiene que ver con el contrato auditado, siendo que tampoco se revisó el procedimiento del expediente contractual, no se individualizó a los responsables por la función que desempeñaba cada uno, ni se estudió la escritura de constitución de la sociedad Mixta.

De igual modo refieren inconformidad, pues relatan que el fundamento legal de la entidad accionada es la Ley 80 de 1993, norma que no es aplicable al procedimiento de constitución de la sociedad de economía mixta, el cual se rige por la Ley 489 de 1998 que establece un procedimiento especial para este caso.

De otra parte, dijeron que el equipo auditor no presentó ninguna prueba técnica que le permitiera determinar el monto del presunto daño fiscal, sino que de manera irresponsable y ligera tomó como valor el monto de los contratos celebrados y que además por parte del equipo auditor se desconoció que sobre estos mismos contratos ya había existido una investigación por parte de la CGR durante los años 2018 y 2019, por lo que se desconoció el principio de cosa juzgada.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionantes: AMPARO CALDERÓN SÁNCHEZ, identificada con C.C No. 28.427.865, MARIA LUCILA SARMIENTO AGUILAR, identificada con C.C No. 1.104.068.019, CARLOS MIGUEL DURAN RANGEL, identificado con C.C No. 91239491, YASMID ROCIO CARRILLO MORA identificado con C.C 37.945.006, MARTHA VICTORIA MARTINEZ identificada con C.C No. 28.268.404, OMAIRA GARCÍA MALDONADO identificada con C.C No. 1.104.069.818 y FREDY RODRIGUEZ NARANJO identificado con C.C 1.104.089.786.

Entidades Accionadas: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOS MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

Entidades Vinculadas: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, CONTROL FISCAL CONTRALORIA DE SANTANDER, ALCALDIA MUNICIPAL DE OIBA S/DER, SECRETARIA GENERAL Y DE GOBIERNO DE OIBA S/DER, CONTROL INTERNO DE OIBA SANTANDER, SECRETARIA DE HACIENDA DE OIBA, señor CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIERREZ AUDITOR FISCAL COORDINADOR AUDITORIA, UNION TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO OIBA (integrada por ASERVIN ASESORIAS E INGENIERIA LTDA, ACONINGSA ASOCIADOS INGENIEROS CONTRATISTAS SAS) y PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los accionantes pretenden el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa, los cuales, a su juicio, están siendo desconocidos por parte de la CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ, al no haber valorado la respuesta y contradicción aportadas por ellos el día 23 de diciembre de 2020 conforme las directrices establecidas en la Resolución 230 de 2019.

Expresamente solicitan que se revoque el informe definitivo N°00040 de fecha 29 de diciembre de 2020, al considerar que éste se basa en un supuesto estudio riguroso, el cual desconocen, además de que no lo pudieron controvertir por no ser trasladado a los auditados.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN:

JULIETA RIVEROS GONZÁLEZ, jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, manifestó que teniendo en cuenta las pretensiones esbozadas en la acción de tutela y el marco de competencia de la entidad, debe declararse su falta de legitimación en la causa, advirtiendo que no han vulnerado los derechos fundamentales de la parte accionada.

CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ:

LUIS ALFONSO ALVEAR PINO, comisionado informal para desarrollar el informe definitivo de la Carta de Observaciones 036 de 18 de diciembre de 2020, manifestó que la carta de observaciones N°036 de 2020 no fue notificada el 22 de diciembre de 2020, como dicen los accionantes, sino el día 20 de diciembre de 2020, luego del término otorgado por el doctor CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIERREZ de dos días, siendo que el día 22 del mismo mes y año se solicitó una prórroga, que no les fue concedida, por expresa prohibición del artículo 44 de la resolución 230 de 2019.

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

Así mismo, advierte que no es cierto que el informe definitivo 00040 de 31 de diciembre 2020 se haya notificado el 29 de diciembre de 2020 como lo afirman los accionantes, sino el 31 de diciembre de 2020. En cuanto a la respuesta extemporánea del sujeto de control, afirma que la misma sí se recibió el 23 de diciembre de 2020 y que igualmente se dio aplicación al artículo 46 de la resolución 230 de 2019.

En vista de lo anterior, manifestó que se opone a las pretensiones, toda vez que ninguno de los derechos invocados por la parte accionada, les fue vulnerado y además cuentan con la vía gubernativa, que no ha sido agotada por los accionantes, resaltando que los accionantes sí tuvieron la oportunidad de controvertir las observaciones, pero lo hicieron de manera extemporánea.

Expuso que en el presente caso no se cumplen los requisitos para deprecar una procedencia excepcional de la acción de tutela por no existir un perjuicio irremediable conforme a los lineamientos que la Corte Constitucional ha precisado.

Dijo que una vez que se notifica el informe definitivo, los sujetos de control tienen la posibilidad de controvertir los diferentes hallazgos, una vez sea corrido traslado a las demás entidades de control, donde también pueden presentar las tesis y elementos materiales probatorios, que consideren pertinentes, para desvirtuar los hallazgos o conseguir que no prospere las diferentes acciones; fase procesal que no fue agotada por los accionantes y ahora pretenden que a través de la acción de tutela se les reviva un término procesal, que dejaron vencer, al momento de controvertir de manera extemporánea la carta de observaciones 036 de 2020.

Enfatizó que la carta de observaciones, les fue notificada a los accionantes el día 20 de diciembre de 2020, donde le fue otorgado por el equipo auditor, un término para controvertir las observaciones planteadas, hasta el día 22 de diciembre del mismo año, pero que en lugar de las controversias, lo que se elevó fue una solicitud de prórroga, que en virtud del artículo 44 de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019 no es posible, porque el termino para dar respuesta es improrrogable, recibiendo el equipo auditor las controversias a las observaciones de la mencionada carta, el día 23 de diciembre de 2020, es decir que fueron allegadas de manera extemporánea, por lo que se procedió a dar aplicación al artículo 46 de la de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019, el cual señala:

“ARTICULO 46. PRESENTACION EXTEMPORANEA DE CONTROVERSIAS: Si vencido el termino, el representante legal de la entidad auditada o los demás involucrados no presentan las contradicciones, el grupo auditor procederá a convalidar todas las observaciones, las cuales quedarán en firme como hallazgos. Si se allega la controversia estando vencido el termino esta se adjuntará a los traslados de hallazgos para que sea evaluada por la autoridad competente dentro del proceso Penal, Sancionatorio, Disciplinario o de Responsabilidad Fiscal.”

Conforme con la anterior norma, asegura la accionada que no se está vulnerando derecho fundamental alguno, sino que por el contrario se está garantizando el

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

debido proceso, al dársele el tratamiento indicado en el artículo precitado respecto a la respuesta extemporánea.

En consecuencia, deprecia la accionada la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que los accionantes tienen la oportunidad de controvertir los hallazgos dentro de los traslados, y ejercer su derecho a la defensa ante las demás entidades de control, como lo establece el artículo 46 de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019.

Explicó que la Contraloría tiene la facultad de evaluar las controversias planteadas, cuando estas son presentadas dentro del término, pero si son extemporáneas como en el caso concreto, se pierde la competencia siendo la misma ejercida después de los traslados por la Fiscalía General de la Nación, en caso de hallazgos con presunto alcance penal, y las demás entidades, sean los alcances Disciplinarios, Sancionatorios o Fiscales, teniendo los accionantes aun la oportunidad de ejercer el contradictorio en esa fase procesal.

Solicita a este Despacho abstenerse de proferir fallo condenatorio en contra de los accionados, toda vez que asegura haberse ajustado a los términos establecidos en la Resolución vigente al momento de efectuar las diferentes modalidades de auditoria.

CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER:

A través de CARLOS FERNANDO PEREZ GELVEZ, Contralor General del departamento de Santander, indicó que ninguna actuación de la Contraloría General de Santander se realiza por fuera de los criterios legales y legítimos otorgados por el ordenamiento legal tanto nacional como interno y que para el caso de los accionantes lo que ocurrió fue que se dio aplicación al parágrafo del artículo 70 de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019 que hace referencia a los términos para el proceso auditor y en el cual se establece que estos, pueden ser modificados a criterio del Contralor o de la Subcontraloría de Control Fiscal:

“PARAGRAFO: *No obstante, los términos establecidos en cada fase, el Contralor General de Santander y/o el Subcontralor delegado para el Control Fiscal podrá establecer términos diferentes en el memorando de asignación cuando la complejidad del asunto o ente auditar así lo amerite”*

Explica que, conforme a dicha norma, todos los términos se pueden modificar, inclusive los referentes a la réplica, término que para el caso en concreto fue de dos días, garantizándoles así el ejercicio a su derecho de contradicción, pues caso contrario, hubiese sido en el evento de no otorgarse un término para tal efecto.

En concordancia con lo anterior, explicó que existen elementos que permiten definir el término para cada una de las etapas, y que, en el presente caso, el proceso auditor en mención, no se hizo bajo la modalidad de auditoría regular o especial, sino, bajo la modalidad de auditoría exprés, siendo esta una auditoría que se hace bajo un proceso abreviado, tal y como lo define el artículo 3 de la

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

Resolución 230, por lo que considera evidente que la Contraloría General de Santander, tenía y tiene la legitimidad para modificar los términos, lo que no vulnera en ninguna instancia el debido proceso pues, no se negó la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

Aclaró que el proceso auditor es un símil con la etapa de instrucción que se maneja en las jurisdicciones y en este no se indilga responsabilidad alguna, sino, se revisan actuaciones que pueden llegar a generar presuntos hechos con elementos de posibles características sancionables con responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal y quien tiene en última la competencia para determinar tal responsabilidad por mandato Constitucional son los órganos competentes, bien sea, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y/o la Subcontraloría de Responsabilidad Fiscal. En tal sentido explicó que lo que hace el equipo auditor en este caso es dar traslado de los componentes que observó para que ellos procedan a determinar la existencia o no de responsabilidad.

Dijo que, para el caso en discusión, aún no hay un fallo de Responsabilidad en ninguno de los escenarios y que además utilizar la acción de tutela violentaría la seguridad jurídica y la división de poderes.

Así mismo, expuso que al ser el proceso auditor una acción administrativa, los accionantes tienen la posibilidad de recurrir a las instancias legales establecidas en la jurisdicción Contenciosa, que por parte de ellos aún no se han agotado todas las instancias, a la fecha existen derechos de petición presentados por los accionantes los cuales hasta el momento no han sido resueltos de fondo, no existe ninguna proyección de riesgo irremediable, pues, no se está estableciendo responsabilidad alguna, como quiera que no hay competencia para ello por parte del equipo auditor y de la subcontraloría de Control Fiscal, por lo que se configura lo preceptuado en el numeral 6º del *Decreto 2591* de 1991 (improcedencia de la acción de tutela).

Por lo anterior, se opone a las pretensiones de la parte accionante y solicita se declare la improcedencia de la presente acción constitucional.

ALCALDIA DE OIBA:

WILLIAM FERNANDO URREA ORTIZ, Apoderado del Municipio de Oiba, contestó que es cierto que frente a la notificación de la carta de observaciones se negó la solicitud de ampliar plazo solicitado, lo cual se apoyó por parte de la alcaldía de Oiba, en razón al fin de la vigencia y cierre de PVFCT 2020.

De otra parte, expuso que los accionantes cuentan con las correspondientes acciones contenciosas y que además confía en que la actuación adelantada se encuentra basada en el principio de buena fe, emitida dentro del límite de sus competencias, acorde a la moral y demás principios propios que rigen la administración.

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

Dijo que frente al informe definitivo que emanara el equipo Auditor, el cual es hoy objeto de censura por vía constitucional, podría ser atacado de igual forma a través de otro medio o acción de defensa judicial, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; lo anterior salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo que los interesados deberán agotar y hacer uso de los recursos ordinarios y extraordinarios que las actuaciones administrativas, han establecido, o aquellas de carácter contencioso administrativo diseñadas a efectos de defenderse o atacar aquellas actuaciones que pongan en riesgo o amenacen sus derechos, perjuicio que debe ser probado por quien interpone la acción constitucional.

Problemas Jurídicos Considerados

¿Procede la acción de tutela para revocar el informe definitivo N°00040 de fecha 29 de diciembre de 2020 emitido por la contraloría General de Santander, en cabeza del equipo auditor Nodo Vélez, al haberse concedido a los accionantes el término de dos días para dar respuesta a la carta de observaciones No. 036 de 2020 y haber negado su solicitud de prórroga a dicho término?

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

En lo que respecta al requisito de subsidiariedad en materia de tutela, la Corte Constitucional en múltiples fallos como en la sentencia T-375 de 2018, ha fijado los siguientes parámetros:

“Subsidiariedad

1. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que *“permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*¹. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

¹ Sentencia T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); Sentencia T-580 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

2. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad²:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

3. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto³. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

4. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique:

(i) una afectación *inminente* del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la *urgencia* de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la *gravedad* del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter *impostergable* de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo⁴.

5. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos

² Sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

³ Sobre el particular, la Corte ha establecido que “*el medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho*” (Sentencia T-040 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo).

⁴ Sentencias: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva. ...”

CASO CONCRETO

En el asunto materia de análisis se invoca la protección de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, consagrados en el art 29 de la C.N, dado que la parte accionante, luego de conocer el informe definitivo N°00040 de fecha 29 de diciembre de 2020 emitido por la contraloría General de Santander, en cabeza del equipo auditor Nodo Vélez, considera su vulneración, al habersele otorgado el término de dos días para ejercer su derecho de contradicción y al haberse negado su solicitud de prórroga para tal efecto.

La CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER manifestó que para el caso de los accionantes se dio aplicación al parágrafo del artículo 70 de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019 que hace referencia a los términos para el proceso auditor y en el cual se establece que estos, pueden ser modificados a criterio del Contralor o de la Subcontraloría de Control Fiscal, en los siguientes términos:

“PARAGRAFO: *No obstante, los términos establecidos en cada fase, el Contralor General de Santander y/o el Subcontralor delegado para el Control Fiscal podrá establecer términos diferentes en el memorando de asignación cuando la complejidad del asunto o ente auditar así lo amerite”*

Es así, que en atención a dicha norma, todos los términos pueden ser modificados, inclusive los referentes a la réplica, por lo que en el caso concreto se concedió para tal efecto un término de dos días, garantizando así el ejercicio al derecho de contradicción de la parte actora, precisando que en el presente caso, el proceso de auditoría, no se hizo bajo la modalidad de auditoría regular o especial, sino, bajo la modalidad de auditoría exprés, siendo esta una auditoría que se hace bajo un proceso abreviado, tal y como lo define el artículo 3 de la Resolución 230, por lo que considera evidente que la Contraloría General de Santander, tenía y tiene la legitimidad para modificar los términos, lo que no vulnera en ninguna instancia el debido proceso pues, no se negó la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

De igual manera, LUIS ALFONSO ALVEAR PINO, comisionado informal para desarrollar el informe definitivo de la Carta de Observaciones N°036 de 2020, informó que la carta de observaciones fue notificada a los accionantes el día 20 de diciembre de 2020, otorgándoseles por parte del equipo auditor como término para controvertir las observaciones planteadas hasta el día 22 de diciembre, pero en lugar de las controversias, lo que se elevó fue una solicitud de prórroga, que en virtud del artículo 44 de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019 no es posible, porque el termino para dar respuesta es improrrogable, recibiendo el equipo auditor las controversias a las observaciones de la mencionada carta, el

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

día 23 de diciembre de 2020, es decir que fueron allegadas de manera extemporánea, por lo que se procedió a dar aplicación al artículo 46 de la de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019, el cual señala:

“ARTICULO 46. PRESENTACION EXTEMPORANEA DE CONTROVERSIAS: Si vencido el termino, el representante legal de la entidad auditada o los demás involucrados no presentan las contradicciones, el grupo auditor procederá a convalidar todas las observaciones, las cuales quedarán en firme como hallazgos. Si se allega la controversia estando vencido el termino esta se adjuntará a los traslados de hallazgos para que sea evaluada por la autoridad competente dentro del proceso Penal, Sancionatorio, Disciplinario o de Responsabilidad Fiscal.”

Pues bien, respecto a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la Corte Constitucional reiteró en la Sentencia T- 566 de 2016, que:

“...los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos se pueden resumir de la siguiente manera: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

Del anterior precedente, se entiende que los hechos narrados por los accionantes en su escrito de tutela no logran obtener relevancia de carácter constitucional, puesto que los señores AMPARO CALDERÓN SÁNCHEZ, MARIA LUCILA SARMIENTO AGUILAR, CARLOS MIGUEL DURAN RANGEL, YASMID ROCIO CARRILLO MORA, MARTHA VICTORIA MARTINEZ, OMAIRA GARCÍA MALDONADO y FREDY RODRIGUEZ NARANJO pueden ejercer sus derechos dentro de las respectivas acciones contencioso administrativas o incluso ante los respectivos órganos de control, tal como lo indicó la entidad accionada, pues el acto administrativo cuya invalidez se solicita apenas constituye un acto de indagación y como tal puede ser controvertido en dichas instancias.

Así mismo, en lo que respecta al perjuicio irremediable, la Corte ha señalado en diferentes sentencias como en la T-225 de 1993; SU-544 de 2001; T-983-01; T-1316 de 2001; T-069/08 y T-094/13 que para determinar la configuración de un perjuicio irremediable se debe verificar si: (i) el daño es inminente, es decir, que sea una amenaza que está por suceder; (ii) el perjuicio es grave, es decir de una magnitud o intensidad considerable; (iii) las medidas judiciales para conjurar el perjuicio se deben tomar de manera urgente; y (iv) que el amparo no se puede postergar toda vez que es la única medida para garantizar un adecuado restablecimiento de los derechos de los ciudadanos; sin que se aprecie alegación de

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

alguna de estas circunstancias por la parte accionante y de los hechos expuestos no se avizora por éste despacho judicial que se configuren los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para establecer la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la intervención del Juez de tutela en aras de emitir decisión contra un acto administrativo, pues no se concreta en manera alguna la afectación de las necesidades mínimas y vitales de cada uno o alguno de los accionantes.

Por otra parte, si bien es cierto la acción se interpuso en un lapso de tiempo razonable contado desde la fecha del acto administrativo que se pretende invalidar - informe definitivo N°00040 de fecha 29 de diciembre de 2020-, no se advierte una irregularidad procesal decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo, pues lo que se alega es la falta de prórroga del término otorgado para ejercer su derecho de defensa, sin embargo, tanto de los hechos expuestos en la tutela como de las respuestas otorgadas por los accionados, es evidente que la parte accionante contó con un término previamente otorgado de acuerdo a la normatividad aplicable, sin que se obstaculizara su ejercicio, por lo que la parte contó con un término para alegar lo que se expone ahora ante esta judicatura en su condición de juez constitucional, pero lo dejó fenecer solicitando una prórroga en contravía de lo dispuesto en el artículo 46 de la de la Resolución No. 230 del 18 de marzo de 2019.

En tales condiciones, y en atención a que como regla general no compete al juez de tutela sino al ordinario decidir sobre la anulación de un acto administrativo, previo el agotamiento de la vía gubernativa, el ejercicio de la acción pertinente y en la oportunidad debida, considera el despacho que no es la tutela el mecanismo adecuado para obtener un eventual resultado que puede recabarse por el procedimiento legal alterno, máxime cuando no se mencionó ni mucho menos se acreditó un perjuicio irremediable que amerite la protección transitoria del derecho que se invoca.

Así las cosas, es del caso insistir en que no resulta procedente acudir a la acción de la tutela para obtener la nulidad del respectivo acto, según lo tiene entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional al precisar que:

“...La acción de tutela no ha sido concebida para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencias de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce” (fallo T-01 del 3 de abril de 1.992 con ponencia del Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO -resaltados del Tribunal).

Así mismo, cuando la acción de tutela se ha intentado para obtener la anulación de actos administrativos, la alta Corte, Sala Tercera de Revisión en Sentencia T-38 del 9 de febrero de 1.993, sostuvo:

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

“ En cuanto a la legalidad de los actos administrativos que eventualmente hubieren afectado los derechos de la peticionaria, la Corte encuentra que, tal como lo ha establecido esta Corporación en reiterada doctrina, la acción de tutela no es el medio judicial procedente para obtener la declaratoria de nulidad de los mismos, razón por la cual, dada su naturaleza subsidiaria, el mecanismo de amparo sólo cabe, según lo establece el citado precepto superior (artículo 86 C.N.), cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, siendo claro que la ciudadana (...) contaba con las acciones que en su favor consagra la legislación vigente, razón por la cual es válida para decidir el asunto sub examine la norma consagrada en el artículo 6º, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991, en torno a la improcedencia de la acción.

.... No se ajusta a la Constitución y, más bien, riñe con el sentido común que se invoque la figura sumaria de la tutela con la pretensión de tramitar dentro de la informalidad que le es característica, asuntos que por su misma complejidad exigen ponderado análisis a la luz de ordenamientos especializados expresamente sometidos por el sistema jurídico a ciertas formas y procedimientos” (resaltado fuera de texto).

Con base en lo anterior, podemos concluir que en este evento resulta improcedente el amparo deprecado, reiterando que la parte actora no puede suplir las acciones ordinarias mediante el instrumento excepcional de la tutela, máxime cuando no se acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable, actuar en sentido contrario al que aquí se enuncia sería abrirle paso a una instancia que la Constitución no faculta y conferirle a la tutela una finalidad que no tiene.

Por otra parte, se hará pronunciamiento expreso sobre la desvinculación de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, CONTROL FISCAL CONTRALORIA DE SANTANDER, ALCALDIA MUNICIPAL DE OIBA S/DER, SECRETARIA GENERAL Y DE GOBIERNO DE OIBA S/DER, CONTROL INTERNO DE OIBA SANTANDER, SECRETARIA DE HACIENDA DE OIBA, señor CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIERREZ AUDITOR FISCAL COORDINADOR AUDITORIA, UNION TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO OIBA integrada por ASERVIN ASESORIAS E INGENIERIA LTDA, ACONINGSA ASOCIADOS INGENIEROS CONTRATISTAS SAS, PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, dado que no se aprecia de su aparte la vulneración de derecho fundamental alguno.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela instaurada por los señores AMPARO CALDERÓN SÁNCHEZ, MARIA LUCILA SARMIENTO AGUILAR, CARLOS MIGUEL DURAN RANGEL, YASMID ROCIO CARRILLO

RADICADO: 2021-006

ACCIONANTE: AMPARO CALDERON, MARIA LUCIA SARMIENTO, YASMIN CARRILLO, MARTHA MARTINEZ, OMAIRA GARCIA, FREDY RODRIGUEZ y CARLOR MIGUEL DURAN

ACCIONADO: CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ.

MORA, MARTHA VICTORIA MARTINEZ, OMAIRA GARCÍA MALDONADO y FREDY RODRIGUEZ NARANJO contra la CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, SUBCONTRALOR DE SANTANDER Y EQUIPO AUDITOR NODO VELEZ, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Desvincular de la presente acción a la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, CONTROL FISCAL CONTRALORIA DE SANTANDER, ALCALDIA MUNICIPAL DE OIBA S/DER, SECRETARIA GENERAL Y DE GOBIERNO DE OIBA S/DER, CONTROL INTERNO DE OIBA SANTANDER, SECRETARIA DE HACIENDA DE OIBA, señor CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIERREZ AUDITOR FISCAL COORDINADOR AUDITORIA, UNION TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO OIBA (integrada por ASERVIN ASESORIAS E INGENIERIA LTDA, ACONINGSA ASOCIADOS INGENIEROS CONTRATISTAS SAS) y a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: De no ser apelada esta decisión, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE,

La juez,



ANA JOSEFA VILLARREAL GÓMEZ.