

Sentencia T-132/19



Referencia: expediente T-6.447.422

Acción de tutela interpuesta por Carlos Alberto Barrios Gómez contra el Concejo Distrital de Cartagena de Indias.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos expedidos dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias, el 27 de abril de 2018, y por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, el 10 de julio de la mencionada anualidad.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 25 de octubre de 2015, avalado por el partido político Cambio Radical, Carlos Alberto Barrios Gómez fue elegido como concejal del Distrito de Cartagena de Indias para el período constitucional comprendido entre los años 2016 y 2019¹.

1.2. El 19 de enero de 2017, la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias encontró responsable fiscalmente a Carlos Alberto Barrios Gómez por el detrimento patrimonial causado por su actuar gravemente culposo cuando se desempeñó como Director Administrativo del Fondo Territorial de Pensiones de la ciudad², al autorizar en el año 2012 el pago de las mesadas pensionales de una persona que ya había fallecido. En consecuencia, el referido ente de control decidió sancionarlo con la obligación de pagar la suma de \$16.743.387 m/cte., correspondiente al monto del daño causado al erario.

¹ Cfr. Acción de tutela (folios 1 a 31) y Resolución 047 de 2017 (folios 58 a 60).

² Folios 847 a 902.

1.3. El 30 de marzo de 2017, al quedar en firme dicha providencia³, la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias le informó al Concejo de la ciudad sobre la existencia de la decisión de declarar fiscalmente responsable al ciudadano Carlos Alberto Barrios Gómez⁴.

1.4. A través de escritos del 30 y 31 de marzo y del 5 de abril de 2017, Carlos Alberto Barrios Gómez le informó al Concejo Distrital de Cartagena de Indias que había cancelado la totalidad del valor de la sanción impuesta por la Contraloría de la ciudad y que en el boletín fiscal no se encontraba reportado, allegando para el efecto las constancias respectivas⁵.

1.5. Mediante Resolución 047 del 6 de abril de 2017, el Presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias resolvió declarar la cesación en sus funciones del concejal Carlos Alberto Barrios Gómez, al considerar que (i) se encontraba inmerso en la inhabilidad sobreviniente consistente en haber sido declarado fiscalmente responsable, así como que (ii) si bien ya se había cancelado el valor de la sanción impuesta, lo cierto es que según una interpretación sistemática del artículo 6° de la Ley 190 de 1995, cuando *“la inhabilidad sobreviniente se produce por dolo o culpa del encartado, hay falta absoluta de inmediato”*⁶.

1.6. El 7 de abril de 2017, Carlos Alberto Barrios Gómez interpuso recurso de reposición contra la Resolución 047, argumentando que, además de adoptarse la decisión de cesarlo en el cargo de concejal sin un procedimiento administrativo previo con las garantías consagradas en la Ley 1437 de 2011, el Presidente de la corporación desconoció que las inhabilidades, al ser limitaciones al derecho a ejercer cargos públicos, deben analizarse de manera restrictiva y, por lo tanto, al haberse pagado la sanción fiscal antes del momento de la decisión, debió entenderse que la misma había sido superada de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002⁷.

1.7. El 7 de abril de 2017, al verificar el pago de la sanción fiscal impuesta al ciudadano Carlos Alberto Barrios Gómez, la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias decidió declarar extinguida la obligación dineraria por cancelación total de la misma⁸.

1.8. A través de Resolución 052 del 8 de abril de 2017, el Presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias decidió no acceder al recurso de reposición presentado por Carlos Alberto Barrios Gómez, al estimar que (i) no había lugar a adelantar un procedimiento administrativo para ejecutar un deber legal, como lo es hacer efectiva una inhabilidad sobreviniente por responsabilidad fiscal, y que (ii) el pago de la sanción impuesta no tiene

³ Cabe resaltar que ante la interposición por parte del actor de un recurso de reposición y de una solicitud de nulidad, las cuales fueron decididas de manera desfavorable a sus intereses, la providencia de responsabilidad fiscal sólo quedó en firme el 23 de marzo de 2017 (folios 844 a 846).

⁴ Folio 905.

⁵ Folios 45 a 48, 51 a 52 y 55 a 56.

⁶ Folios 58 a 60.

⁷ Folios 61 a 86.

⁸ Folios 88 a 90.

efectos retroactivos, por lo que dicha inhabilidad se configuró desde el momento en el que la decisión de la Contraloría de la ciudad quedó en firme⁹.

2. Demanda y pretensiones

2.1. El 24 de abril de 2017¹⁰, Carlos Alberto Barrios Gómez interpuso acción de tutela contra el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, al considerar vulneradas las garantías de su derecho al debido proceso administrativo con ocasión de las decisiones que adoptó dicha corporación mediante las resoluciones 047 y 052 de 2017¹¹. Específicamente, el demandante sostuvo que, además de restringirse las oportunidades para ejercer su defensa¹², la motivación de dichos actos administrativos fue indebida, en tanto que se ignoró que la inhabilidad generada por la declaración de responsabilidad fiscal constituye una limitación al derecho a desempeñar cargos públicos contemplado en los artículos 40 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que en el análisis de su configuración debe procurarse las interpretaciones menos lesivas para la vigencia de dicha prerrogativa.

2.2. En este sentido, el actor reprochó que al haberse demostrado que se había cancelado el valor total de la sanción impuesta por la Contraloría de Cartagena de Indias, el Concejo de la ciudad hubiera optado por una hermenéutica literal de las normas que regulan la inhabilidad derivada de la declaración de responsabilidad fiscal, sin consultar el efecto útil de las mismas, en especial del párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que busca permitir que tal situación sea superada con el pago de la obligación, así como que el amonestado pueda continuar ejerciendo cargos públicos.

2.3. Por otra parte, en relación con la procedencia del amparo, el accionante resaltó que si bien puede cuestionar las resoluciones 047 y 052 de 2017 expedidas por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el mismo no es eficaz, porque su trámite no tiene la celeridad suficiente para la protección urgente de sus derechos fundamentales, máxime cuando el sustento económico de su familia lo deriva principalmente de su cargo como concejal.

2.4. Con base en los anteriores fundamentos, el demandante pretendió que: (i) se proteja su derecho fundamental al debido proceso administrativo y de contera su prerrogativa a desempeñar cargos públicos; (ii) se dejen sin efectos las resoluciones 047 y 052 de 2017 expedidas por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias; y que, en consecuencia, (iii) sea reintegrado al cargo de concejal para finalizar su período constitucional comprendido entre los años 2016 y 2019.

⁹ Folios 123 a 126.

¹⁰ Cfr. Acta individual de reparto visible en el folio 129.

¹¹ Folios 1 a 31 y 1021 a 1023.

¹² Sobre el particular, el actor sostuvo que se restringió su derecho de defensa a la posibilidad de interponer el recurso de reposición, ignorando que debió iniciarse un trámite administrativo en el que se le permitiera presentar descargos y recusaciones, así como aportar y controvertir pruebas.

3. Admisión y traslado de la demanda

3.1. El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias: (i) mediante auto del 25 de abril de 2017, admitió la acción de tutela y vinculó al proceso a la Contraloría Distrital de la ciudad¹³, y (ii) a través de sentencia del 9 mayo del mismo año¹⁴, resolvió denegar el amparo solicitado, al considerar que la decisión de retirar del cargo de concejal al accionante es acorde con el ordenamiento jurídico, el cual contempla la inhabilidad por responsabilidad fiscal en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

3.2. Impugnado el fallo de primer grado por el demandante¹⁵, a través de sentencia del 4 de julio de 2017¹⁶, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena de Indias: (i) revocó la decisión de primera instancia, (ii) tuteló transitoriamente los derechos del actor, (iii) ordenó la suspensión provisional de las resoluciones cuestionadas mientras se adelantan las acciones contenciosas correspondientes, y (iv) dispuso el reintegro del demandante a la curul para la cual fue electo.

3.3. El 3 de octubre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia¹⁷, al encontrar procedente una acción de tutela que interpuso Wilson Toncel Ochoa por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia, entre otras razones, por no haber sido vinculado a esta causa, a pesar de que fue designado para suplir la vacancia generada por el retiro del cargo de concejal Carlos Alberto Barrios Gómez¹⁸.

3.4. Mediante auto del 26 de enero de 2018, la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de la Corte Constitucional escogió para revisión el presente proceso¹⁹.

3.5. A través de auto 124 del 27 de febrero de 2018²⁰, al advertir que los fallos en examen por este Tribunal habían sido dejados sin efectos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala de Revisión dispuso: (i) abstenerse de pronunciarse de fondo dentro del proceso de la

¹³ Folios 130 a 131.

¹⁴ Folios 380 a 398.

¹⁵ Folio 405.

¹⁶ Folios 412 a 430.

¹⁷ Folios 685 a 704.

¹⁸ Cabe resaltar que la designación del ciudadano Wilson Toncel Ochoa como concejal se debió a las decisiones adoptadas dentro del proceso de tutela T-6344724, en el que los jueces de instancia consideraron que ante la vacancia generada por el retiro del cargo de Carlos Alberto Barrios Gómez, era procedente que el siguiente en la lista del mismo partido asumiera la curul.

¹⁹ Folios 557 a 567. El expediente de la referencia fue analizado por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno en razón de la insistencia presentada por el magistrado Alejandro Linares Cantillo, quien solicitó su escogencia para revisión, entre otros, con base en los criterios de necesidad de: (i) pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial (régimen de inhabilidades sobrevinientes por fallos de responsabilidad fiscal), y de (ii) fijar el alcance de un derecho fundamental (acceso a cargos públicos cuando se paga la sanción pecuniaria impuesta en un fallo fiscal) (Folios 553 a 555).

²⁰ M.S. Luis Guillermo Guerrero Pérez (Folios 823 a 825).

referencia; (ii) remitir el expediente T-6.447.422 al Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias para que, previa vinculación al proceso de Wilson Ernesto Toncel Ochoa, adoptara nuevamente la decisión de primera instancia; y (iii) ordenar que una vez se surtiera el procedimiento correspondiente el plenario fuera remitido al despacho del magistrado ponente para reiniciar el trámite de revisión.

3.6. En cumplimiento de dicho proveído, a través de auto del 13 de abril de 2018²¹, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias admitió nuevamente la acción de tutela de la referencia, ordenó notificar del inicio del proceso a la corporación demandada y dispuso la vinculación al trámite de la Contraloría de la ciudad y del ciudadano Wilson Toncel Ochoa.

4. Contestación de la demanda

El Concejo Distrital de Cartagena de Indias se opuso a la prosperidad del amparo pretendido, argumentando que el mismo es improcedente, porque el accionante tiene la posibilidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y cuestionar las resoluciones reprochadas en la demanda de tutela, solicitando incluso la adopción de medidas cautelares urgentes para proteger de manera inmediata sus intereses²².

5. Intervenciones de los vinculados al proceso

5.1. La Contraloría Distrital de Cartagena de Indias solicitó ser desvinculada del proceso amparo, pues *“el Concejo Distrital de Cartagena es una corporación autónoma, y los hechos alegados como causantes de la vulneración por el accionante en nada tienen que ver con las acciones desplegadas por esta entidad”*, cuyo actuar *“se encuentra ajustado a derecho, y de ninguna manera constituye vulneración de los derechos invocados por el accionante”*²³.

5.2. Por su parte, el ciudadano Wilson Toncel Ochoa pidió que se declare la improcedencia de la acción de tutela, puesto que: (i) la salvaguarda de los intereses del actor debe procurarse a través de los mecanismos disponibles ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y (ii) el amparo trata de un asunto eminentemente litigioso, comoquiera que es claro que las decisiones del Concejo Distrital de Cartagena de Indias fueron adoptadas conforme al derecho positivo y lo que se pretende es plantear tesis alternativas sin sustento alguno en la normatividad vigente²⁴. Igualmente, el interviniente sostuvo que en el presente asunto se configura el fenómeno de cosa juzgada constitucional, así como un abuso de los medios judiciales disponibles, en tanto que:

²¹ Folios 837 a 838.

²² Folios 909 a 919.

²³ Folios 844 a 846.

²⁴ Folios 963 a 976.

(i) El demandante ha interpuesto por los mismos hechos, de manera directa o por interpuestas personas, al menos cinco acciones de tutela adicionales²⁵ a la estudiada por este Tribunal en esta providencia; y

(ii) El problema jurídico de fondo planteado en la tutela, también fue puesto en consideración de la justicia por Carlos Alberto Barrios Gómez en las demandas: (a) de nulidad electoral que presentó en contra del acto que dispuso su llamamiento como concejal, la cual se encuentra en trámite ante el Tribunal Administrativo de Bolívar; y (b) de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión de responsabilidad fiscal proferida por la Contraloría Distrital de Cartagena que cursa a instancias del Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena²⁶.

6. Decisiones de instancia

6.1. Mediante sentencia del 27 de abril de 2018²⁷, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias declaró improcedente el amparo solicitado, al estimar que no satisface el requisito de subsidiariedad, puesto que el actor puede acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para satisfacer las pretensiones expuestas en la acción de tutela.

6.2. Carlos Alberto Barrios Gómez se limitó a impugnar la decisión de primera instancia en el acto de notificación de la misma, sin manifestar los argumentos de su disenso²⁸.

6.3. A través de sentencia del 10 de julio de 2018²⁹, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena de Indias³⁰ confirmó la providencia de primer grado, al considerar que “*se encuentra ajustada a derecho*”, porque “*el actor está facultado con las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo para cuestionar los actos de la administración que le son lesivos*”.

7. Actuaciones en sede de revisión

7.1. En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral tercero del auto 124 de 2018 proferido por esta Sala de Revisión el pasado 27 de julio³¹, el expediente

²⁵ El interviniente se refiere a las acciones de tutela contenidas en los expedientes T-6431093, T-6452661, T-6452662, T-6452663 y T-6566054.

²⁶ Según Wilson Toncel Ochoa, el accionante acudió a los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho (proceso 13-001-33-33-010-2017-00226-00), así como de nulidad electoral (proceso 13-001-23-33-000-2017-00606-00).

²⁷ Folios 1163 a 1180.

²⁸ Folio 1180 (reverso).

²⁹ Folios 1254 a 1263.

³⁰ Cabe resaltar que inicialmente el trámite del recurso de impugnación fue repartido al Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena de Indias, pero debido a que el titular del despacho manifestó su impedimento para conocer del caso y el mismo fue aceptado, el proceso fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad (folios 1228 a 1239).

³¹ En el numeral tercero del auto 124 de 2018, esta Sala dispuso que “*surtidas las instancias correspondientes, DEVUÉLVASE el presente expediente al despacho del magistrado ponente para continuar*”.

de la referencia fue remitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena de Indias al despacho del magistrado ponente para reiniciar el trámite de revisión³².

7.2. A través de escritos presentados el 14 de septiembre y el 25 de octubre de 2018, el accionante solicitó a la Corte que revoque los fallos de instancia y que, en consecuencia, proteja su derecho fundamental al debido proceso administrativo, reiterando para justificar su pretensión, los argumentos expuestos en el escrito tutelar³³.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política³⁴.

2. Cuestión previa: inexistencia de cosa juzgada constitucional y temeridad

2.1. La Corte Constitucional ha señalado que cuando un juez tiene noticia de que el accionante pudo haber presentado una o varias acciones de tutela con identidad de partes, de causa y de objeto, adicionales al recurso de amparo que estudia, debe verificar si se configura la existencia de cosa juzgada constitucional o una posible actuación temeraria, ya que en caso afirmativo tendrá que abstenerse de estudiar la solicitud de protección³⁵. Sobre el particular, cabe resaltar que:

(i) En desarrollo de los principios de economía procesal y eficiencia contemplados en el artículo 3° del Decreto 2591 de 1991³⁶, esta Corporación ha explicado que *“las decisiones proferidas dentro del proceso de tutela tienen la virtualidad de constituir cosa juzgada constitucional, lo cual ocurre cuando este Tribunal conoce de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión. No obstante, si el expediente de tutela es seleccionado, este fenómeno jurídico sólo se produce con la ejecutoria del fallo que profiera la Corte Constitucional”*³⁷.

con el trámite de revisión, de que trata el Decreto 2591 de 1991”.

³² Folios 1267 a 1268.

³³ Folios 1269 a 1316.

³⁴ “Artículo 86. (...) 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 (...).” // “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (...).”

³⁵ Cfr. Sentencias T-380 de 2013, T-680 de 2013 y T-529 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

³⁶ “Artículo 3°. Principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia”.

³⁷ Sentencia T-529 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

(ii) Al tenor del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991³⁸, la Corte ha comprendido la temeridad de dos formas, a saber: (a) *“según la interpretación literal del precepto mencionado, entiende que dicha institución se configura cuando una persona presenta simultáneamente, ante varios funcionarios judiciales, la misma demanda de tutela”*; o (b) bajo una hermenéutica extensiva de la consagración legal, estima que se presenta cuando los mismos *“amparos sean instaurados de manera sucesiva, requiriéndose que el actor actúe de mala fe”*³⁹.

2.2. Con todo, debe tenerse en cuenta que este Tribunal ha expresado que no se configura cosa juzgada constitucional o temeridad cuando se presenta una segunda solicitud de amparo en la que se alegan elementos fácticos o jurídicos desconocidos por el actor al momento de interponer la primera acción de tutela⁴⁰.

2.3. En este orden de ideas, esta Corporación no encuentra que se configuren los fenómenos de cosa juzgada constitucional o temeridad en esta ocasión como lo sostiene el interviniente Wilson Toncel Ochoa⁴¹, puesto que no existe identidad de partes, causa y objeto entre el amparo de la referencia (plenario T-6447422) y las acciones de tutela contenidas en los expedientes T-6431093, T-6452661, T-6452662, T-6452663 y T-6566054.

2.4. En concreto, si bien la Sala observa que en todos los asuntos se ponen de presente la posible afectación de los derechos fundamentales de Carlos Alberto Gómez Barrios con ocasión de su sanción fiscal y/o su posterior retiro del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, lo cierto es que⁴²:

(i) En el presente caso el amparo fue interpuesto directamente por el ciudadano Carlos Alberto Barrios Gómez y en los expedientes T-6431093, T-6452661 y T-6452663 las acciones de tutela fueron presentadas respectivamente por María Mónica Herrán López⁴³, José Gregorio Lora García⁴⁴ y Maribel Padilla Esquivel⁴⁵, sin que exista prueba alguna que

³⁸ *“Artículo 38. Actuación Temeraria. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes. // El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”*.

³⁹ Sentencia T-380 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁴⁰ Cfr. Sentencia T-560 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En este sentido, en la Sentencia T-280 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís), se recordó que *“la Corte ha delimitado también supuestos en los que una persona puede interponer varias acciones de tutela sin que sean consideradas temerarias, esto tiene lugar cuando i) ocurre un hecho nuevo y, ii) si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional”*.

⁴¹ Supra I, 5.2.

⁴² Cfr. Información de las bases de datos virtuales de la Rama Judicial (aplicativo de consulta de procesos Siglo XXI) y de la Corte Constitucional.

⁴³ El proceso T-6431093 fue tramitado por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena de Indias y el amparo fue declarado improcedente.

⁴⁴ El proceso T-6452661 fue tramitado por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena de Indias y el amparo fue declarado improcedente.

⁴⁵ El proceso T-6452663 fue tramitado por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena de Indias y el amparo fue declarado improcedente.

permita inferir que el primer ciudadano influyó en la radicación de estas últimas solicitudes de protección y que, con base en ello, se pueda llegar a afirmar que existe identidad de partes;

(ii) En el asunto en revisión, el ciudadano Carlos Alberto Barrios Gómez cuestiona las actuaciones desplegadas por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias (resoluciones 047 y 052 de 2017) y en la acción de tutela, contenida en el proceso T-6566054⁴⁶, el mismo ciudadano reprocha las actuaciones de la Contraloría de dicha ciudad (fallo fiscal del 19 de enero de 2017), por lo que las partes demandadas y causa de los amparos son diferentes; y

(iii) La acción de tutela interpuesta por Carlos Alberto Barrios Gómez en contra del Concejo de Cartagena de Indias y la Contraloría de la ciudad, correspondiente al proceso T-6452662, no fue admitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias, bajo el argumento de que el amparo, aunque planteaba nuevos hechos frente a la solicitud de protección de la referencia, no aportaba pruebas adicionales⁴⁷, con lo cual no hubo decisión de fondo que pueda hacer tránsito a cosa juzgada, ni tampoco se configuró temeridad en tanto que la propia autoridad judicial que conoció del asunto consideró que se alegaron diferentes circunstancias fácticas.

2.5. De otro lado, para esta Corporación que el accionante haya planteado una tesis similar a la defendida en este trámite tutelar en las demandas de nulidad que presentó frente a los actos del Concejo Distrital de Cartagena de Indias y de la Contraloría de la misma ciudad⁴⁸, no tiene la vocación de generar la existencia de cosa juzgada constitucional, ya que, además de encontrarse en trámite dichas causas, no se tratan de procesos de tutela sino contenciosos administrativos.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Previo al estudio de fondo del caso planteado en el escrito de amparo, deberá verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela que, al tenor del artículo 86 de la Carta Política y del Decreto 2591 de 1991⁴⁹, se sintetizan en: (i) la existencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la instauración del recurso de protección de manera oportuna (inmediatez); y (iii) el agotamiento de los mecanismos judiciales existentes, salvo que tales vías no sean eficaces o idóneas, o en su defecto se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad).

⁴⁶ La acción de tutela correspondiente al proceso T-6566054 fue tramitada en primera y segunda instancia respectivamente por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias y por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, siendo denegada por ambas autoridades judiciales.

⁴⁷ Cfr. Auto del 9 de junio de 2017 proferido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias (Cfr. Folio 968).

⁴⁸ Procesos números: 13-001-33-33-010-2017-00226-00 y 13-001-23-33-000-2017-00606-00.

⁴⁹ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.”

- *Legitimación en la causa*

3.2. Este Tribunal considera que la legitimación en la causa por activa se encuentra acreditada en esta oportunidad, puesto que conforme a los artículos 86 de la Constitución y 10 del Decreto 2591 de 1991⁵⁰, el ciudadano Carlos Alberto Barrios Gómez presentó de manera personal la acción de tutela como titular de los derechos fundamentales presuntamente afectados⁵¹.

3.3. De igual manera, en relación con la legitimación en la causa por pasiva, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991⁵², esta Corporación estima que el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, en su calidad corporación “*político-administrativa*” constitucional del orden local⁵³, es demandable a través de acción de tutela en esta ocasión, comoquiera que: (i) es una autoridad pública, y (ii) fue acusada de vulnerar los derechos fundamentales del actor⁵⁴.

3.4. Al respecto, es pertinente aclarar que la vinculación al proceso de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias y del ciudadano Wilson Toncel Ochoa, debe entenderse en calidad de terceros en la causa, pues dados los presupuestos facticos que sustentan el amparo presentado por Carlos Alberto Barrios Gómez, la decisión que se adopte en este proceso puede llegar a afectar de manera colateral sus intereses⁵⁵.

- *Inmediatez*

3.5. De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta que el amparo de tutela está previsto para la “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados, con lo cual el Constituyente buscó asegurar que dicha acción sea utilizada para atender afectaciones que de manera urgente requieran de la intervención del juez constitucional⁵⁶.

3.6. Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la

⁵⁰ “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

⁵¹ Supra I, 2.

⁵² “Artículo 5. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.

⁵³ Cfr. Artículo 312 de la Constitución Política.

⁵⁴ Supra I, 2.

⁵⁵ Sobre la necesidad de vincular al proceso de tutela a los terceros con interés legítimo en la causa puede consultarse el Auto 065 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁵⁶ Cfr. Sentencia T-212 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

protección concreta y actual de los derechos fundamentales, este Tribunal ha señalado que le corresponde al juez constitucional verificar en cada caso concreto si el plazo fue razonable y proporcionado, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, la acción tutela se interpuso oportunamente⁵⁷.

3.7. En este sentido, esta Sala advierte que el amparo examinado satisface el presupuesto de inmediatez, ya que fue interpuesto el 24 de abril de 2017⁵⁸, esto es, dentro del mes siguiente a la expedición de las resoluciones 047 y 052 cuestionadas en la demanda, las cuales fueron proferidas respectivamente por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias los días 6 y 8 del mismo mes y año mencionados⁵⁹.

- *Subsidiariedad*

3.8. Esta Corporación ha sostenido que es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que esta es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por ser residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen prerrogativas de naturaleza constitucional⁶⁰. En consecuencia, el recurso de amparo no puede convertirse en un instrumento alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de las diversas vías existentes en el ordenamiento jurídico, salvo que las mismas sean ineficaces, no idóneas o se configure un perjuicio irremediable⁶¹.

3.9. Descendiendo al caso en estudio, la Sala advierte que el actor podía acudir, como en efecto lo hizo⁶², ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para satisfacer las pretensiones alegadas ante el juez constitucional. En concreto, a través de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de nulidad electoral⁶³, se pueden cuestionar las decisiones del Concejo Distrital de Cartagena de Indias y de la Contraloría de la misma ciudad que dan origen a la presunta vulneración de los derechos del accionante, así como obtener las reparaciones respectivas.

⁵⁷ Véase, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-282 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-016 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-158 de 2006 (M.P. Huberto Antonio Sierra Porto), T-018 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-491 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-719 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁵⁸ Supra I, 2.

⁵⁹ Supra I, 1.

⁶⁰ Al respecto, ver, entre otras, las sentencias T-129 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-335 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), SU-339 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2012 (M.P. Adriana María Guillén Arango).

⁶¹ Cfr. Sentencia T-833 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁶² Como lo indicó el interviniente Wilson Toncel Ochoa, el accionante acudió a los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho (proceso 13-001-33-33-010-2017-00226-00), así como de nulidad electoral (proceso 13-001-23-33-000-2017-00606-00), procurando la salvaguarda de sus intereses con ocasión de su declaración como responsable fiscal y posterior desvinculación del Concejo Distrital de Cartagena.

⁶³ Cfr. Artículos 138 y 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.10. Sobre el particular, la Corte resalta que la interposición de los referidos medios de control da inicio a un proceso judicial, en el cual las partes pueden conciliar⁶⁴, solicitar pruebas⁶⁵, presentar alegatos⁶⁶, recursos⁶⁷, así como pedir la adopción de medidas cautelares⁶⁸, lo cual torna dichos instrumentos, en principio, idóneos e eficaces para atender las pretensiones del actor.

3.11. Con todo, este Tribunal considera que la acción de tutela de la referencia se torna procedente como mecanismo transitorio, en los términos del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991⁶⁹, pues a pesar de que los referidos instrumentos judiciales contenciosos administrativos se encuentran en curso en atención a las demandas interpuestas por el actor⁷⁰, lo cierto es que, en caso de verificarse las irregularidades en el retiro del demandante de su curul de concejal según se alega en el amparo⁷¹ y ante las limitaciones propias de los períodos institucionales de las corporaciones públicas de elección popular⁷², el accionante estaría perdiendo con el transcurso de los días la oportunidad de ocupar su plaza como representante de los ciudadanos de Cartagena de Indias y, con ello, afectándose irremediabilmente su derecho desempeñar de manera efectiva cargos públicos⁷³.

3.12. Así pues, la Corte procederá a analizar de fondo la acción de tutela interpuesta por Carlos Alberto Barrios Gómez, bajo el entendido de que, en el evento de concederse el amparo, el mismo será transitorio mientras finalizan los procesos iniciados con ocasión de las demandas contenciosas administrativas interpuestas.

4. Problema jurídico y esquema de resolución

4.1. Corresponde a la Corte decidir sobre el amparo propuesto por Carlos Alberto Barrios Gómez en procura de la protección de su derecho al debido proceso administrativo y, de contera, de su prerrogativa a desempeñar cargos

⁶⁴ Artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁵ Artículos 180 a 181 y 211 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁶ Artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁷ Artículos 242 a 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁸ Artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁹ “Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. // En 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. // En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. // Si no se instaura, cesarán los efectos de éste. // Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

⁷⁰ Cfr. Procesos: 13-001-33-33-010-2017-00226-00 y 13-001-23-33-000-2017-00606-00.

⁷¹ Supra I, 2.

⁷² Cfr. Artículo 312 de la Constitución, en el cual se indica que el período de los concejales es de cuatro años.

⁷³ En torno al derecho a desempeñar cargos públicos pueden consultarse las sentencias T-324 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-955 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-510 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-232 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y SU-011 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado).

públicos. Con tal propósito, esta Corporación deberá determinar si el Concejo Distrital de Cartagena de Indias vulneró dichos derechos del actor al retirarlo de su cargo de concejal por haber sido condenado fiscalmente responsable sin adelantar un procedimiento administrativo previo, en el cual se valorarán adecuadamente, entre otros aspectos, los efectos del pago de la sanción impuesta por la Contraloría de la ciudad.

4.2. Para resolver dicho problema jurídico, la Sala: (i) reseñará brevemente el alcance dado por este Tribunal al derecho al debido proceso administrativo; luego, (ii) estudiará el trámite a desarrollar frente a la posible configuración de una inhabilidad sobreviniente derivada de la condena por responsabilidad fiscal a un funcionario público; y finalmente, (iii) analizará las particularidades del caso en examen.

5. El derecho al debido proceso administrativo. Reiteración de jurisprudencia⁷⁴

5.1. El debido proceso fue consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata, el cual rige para toda clase de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, e implica que las mismas deben estar sometidas a los procedimientos y requisitos previamente establecidos en las normas legales y reglamentarias, para evitar arbitrariedades por parte de los agentes públicos⁷⁵.

5.2. En este sentido, el debido proceso ha sido entendido como una manifestación del Estado que busca proteger a los individuos frente a las actuaciones de sus agentes, procurando que en todo momento se respeten las formas propias de cada juicio. En esta línea argumentativa, la Corte Constitucional, desde sus inicios⁷⁶, ha explicado que *“las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos”*⁷⁷.

5.3. Igualmente, esta Corporación ha indicado que el debido proceso conlleva para las autoridades administrativas garantizar la correcta producción de sus actos⁷⁸, razón por la cual comprende *“todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad*

⁷⁴ Este capítulo fue elaborado teniendo como referencia las sentencias T-688 de 2014 y T-288A de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁷⁵ Sentencia C-540 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

⁷⁶ Ver las Sentencias C-053 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y C-259 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

⁷⁷ Sentencia T-467 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁷⁸ Sentencia T-957 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

*administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses*⁷⁹.

5.4. Al respecto, en concordancia con lo dispuesto en los títulos I y III del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸⁰, este Tribunal ha considerado que componen el debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes garantías: (i) conocer el inicio de la actuación; (ii) ser oído durante todo el trámite; (iii) ser notificado en debida forma; (iv) que el procedimiento se adelante por autoridad competente, con pleno respeto de las formas propias de cada juicio y sin dilaciones injustificadas; (v) gozar de la presunción de inocencia; (vi) ejercer los derechos de defensa y contradicción; (vii) presentar pruebas y tener la oportunidad de controvertir aquellas que aporten los demás interesados; (viii) que las decisiones sean motivadas en debida forma; (ix) impugnar la determinación que se adopte por medio de los recursos de reposición y/o apelación; y (x) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración de la Constitución o las leyes⁸¹.

5.5. Sobre el particular, en la Sentencia C-1189 de 2005⁸², esta Corte diferenció entre las garantías previas y posteriores del derecho al debido proceso administrativo, indicando que las primeras se relacionan con aquellas prerrogativas mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento, tales como el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos, la imparcialidad, la autonomía e independencia de las autoridades que conocen de la causa, entre otras. Asimismo, en relación con las segundas, la Sala Plena expresó que estas se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía administrativa y los instrumentos disponibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5.6. Adicionalmente, este Tribunal ha reiterado que *“cualquier transgresión a las garantías mínimas mencionadas anteriormente, atentaría contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones*⁸³.

6. El procedimiento administrativo a desarrollar frente a la posible configuración de una inhabilidad sobreviniente derivada de la condena por responsabilidad fiscal a un funcionario público

⁷⁹ Cfr. Sentencias T-442 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez) y C-980 de 2010 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸⁰ Ley 1437 de 2011.

⁸¹ Cfr. Sentencia T-688 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁸² M.P. Huberto Antonio Sierra Porto.

⁸³ Sentencia T-010 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

6.1. La Ley 610 de 2000⁸⁴ estableció que los funcionarios públicos encargados de ejercer la gestión fiscal⁸⁵ son responsables por los daños causados al erario cuando se encuentre probado, por parte de la contraloría competente⁸⁶, que el menoscabo se originó en un comportamiento antijurídico que le es imputable a título de dolo o culpa grave⁸⁷. Al respecto, esta Corporación ha resaltado que el objetivo principal pretendido por el legislador al consagrar dicha clase de responsabilidad es lograr *“el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público”*⁸⁸, y que, por ello, la condena impuesta a la persona que es hallada culpable es *“el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”*⁸⁹.

6.2. De otra parte, en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002⁹⁰ se estipuló que *“quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente”*, y que dicho lustro se extenderá *“por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes”*.

6.3. Con todo, en el párrafo 1º la disposición en comento se estableció que la inhabilidad derivada de la responsabilidad fiscal *“cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago”*. Sobre el particular, la Corte ha llamado la atención de que, en virtud de la mencionada disposición, puede afirmarse que la referida inhabilidad *“depende de la voluntad del condenado, puesto que cesa en el momento en que el sujeto*

⁸⁴ *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*.

⁸⁵ De conformidad con el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, *“se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”*.

⁸⁶ De conformidad con los artículos 267 a 274 de la Constitución, el control fiscal está a cargo de la Contraloría General de la República y de las contralorías municipales, distritales y departamentales.

⁸⁷ Cfr. Sentencia C-619 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil), y artículo 1 de la Ley 610 de 2000, el cual establece que *“el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”*.

⁸⁸ Cfr. Artículo 4 de la Ley 610 de 2000.

⁸⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-557 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-832 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-735 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-557 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-151 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada) y C-101 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁹⁰ *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*. Cabe resaltar que la Ley 734 de 2002 perderá sus efectos cuando entre en vigencia la Ley 1952 de 2019, esto es, en mayo del presente año. Sin embargo, es pertinente tener en cuenta que la regulación sobre la inhabilidad derivada de la responsabilidad fiscal establecida en el artículo 37 en mención, fue reproducida en el artículo 42 de la nueva normatividad.

pague la sanción impuesta por el detrimento al erario verificado por la Contraloría respectiva”⁹¹.

6.4. Así las cosas, cuando una persona es condenada por responsabilidad fiscal queda inhabilitada para ejercer cargos públicos de cinco a diez años dependiendo el monto económico del daño causado al Estado. No obstante, la Sala resalta que si bien dicha sanción afecta de manera grave el derecho a ejercer cargos públicos, lo cierto es que ha sido encontrada constitucional en el entendido de que el interesado (i) puede acceder a la función pública si supera la situación compensando el daño causado mediante el pago de la indemnización establecida en el fallo respectivo; y que, en todo caso, (ii) tiene la posibilidad de cuestionar la decisión condenatoria y evitar que se concreten sus efectos a través de instrumentos expeditos como la acción de tutela o las medidas provisionales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁹².

6.5. Sin embargo, del examen de la mencionada normatividad, este Tribunal no advierte que se regule el procedimiento a seguir cuando la persona que es declarada fiscalmente responsable se desempeña como funcionario público y, en virtud de la condena, queda inmersa en una inhabilidad sobreviniente que implica la cesación de su cargo de manera inmediata sin tener la posibilidad de: (i) pagar la sanción impuesta, o (ii) de cuestionar la misma a través de los mecanismos judiciales respectivos.

6.6. Al respecto, esta Corporación evidencia que la norma que, en principio, podría ser aplicable para superar tal laguna legal es la contemplada en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 190 de 1995⁹³, la cual estipula de manera genérica que el funcionario que quede inmerso en una inhabilidad sobreviniente tiene tres meses para poner fin a la situación que la origina, so pena de ser desvinculado de la administración pública.

6.7. Sin embargo, teniendo en cuenta que la responsabilidad fiscal es imputable únicamente a título de dolo o culpa grave⁹⁴, este Tribunal llama la atención de que el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 190 de 1995 se torna inaplicable en hipótesis como la estudiada, comoquiera que esta Corte, en la Sentencia C-038 de 1996⁹⁵, determinó que el plazo de tres meses para subsanar las inhabilidades sobrevinientes sólo es aplicable para los eventos en los que las mismas no se generen por dolo o culpa del trabajador público.

⁹¹ Sentencia C-101 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁹² Cfr. Sentencia C-101 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁹³ “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”. “Artículo 6. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio. // Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”.

⁹⁴ Cfr. Sentencia C-619 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil). En esta providencia se explicó que la responsabilidad fiscal sólo puede ser imputable a título de dolo o culpa grave, porque “el criterio normativo de imputación no puede ser mayor al establecido por la Constitución Política en el inciso 2° de su artículo 90 para el caso de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado”.

⁹⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6.8. Así pues, (i) ante la inexistencia de una disposición especial que determine el trámite a seguir cuando se pueda presentar una inhabilidad sobreviniente derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal de un funcionario público, (ii) la inaplicabilidad de la normatividad general en dichos casos, y (iii) teniendo en cuenta que le legislador estableció la posibilidad de superar la mencionada situación mediante el pago de la sanción como mecanismo para evitar la afectación del derecho a acceder a cargos públicos, este Tribunal considera que para atender tal vacío legal y garantizar el efecto útil de lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002⁹⁶, la administración en asuntos como el examinado debe acudir a las reglas supletorias de procedimiento administrativo contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹⁷, las cuales establecen una serie de etapas dentro de las que el interesado tiene la oportunidad de ejercer su defensa para evitar ser desvinculado de la función pública.

6.9. En efecto, los artículos 35 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establecen que:

(i) Cuando una autoridad inicia un trámite administrativo de oficio debe realizarlo por escrito, comunicar tal actuación a las partes del mismo y a los terceros con interés legítimo para que si lo desea ejerzan su derecho de defensa y contradicción, así como conformar el expediente correspondiente para que pueda ser consultado por los sujetos de la causa⁹⁸.

(ii) Dentro del trámite administrativo la autoridad podrá realizar las audiencias que considere pertinentes, así como decretar y practicar las pruebas necesarias, siempre que permita a las partes ejercer el derecho de contradicción frente a los elementos recaudados⁹⁹.

(iii) Una vez escuchadas las partes y analizadas las pruebas, la autoridad debe adoptar la decisión que en derecho corresponda, la cual debe ser motivada y atender a todas las peticiones planteadas en debida forma¹⁰⁰.

(iv) En contra de la decisión procederán el recurso de reposición y de apelación. Empero, este último sólo será viable cuando la autoridad que profirió la determinación cuestionada tenga superior jerárquico¹⁰¹.

⁹⁶ Reproducida en el párrafo 1° del artículo 42 de la Ley 1952 de 2019, “*Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario*”.

⁹⁷ “*Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código*”.

⁹⁸ Cfr. Artículos 35 a 38 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁹⁹ Cfr. Artículos 35 y 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁰⁰ Cfr. Artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁰¹ Cfr. Artículos 74 y 82 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6.10. Así las cosas, siguiendo el desarrollo jurisprudencial de las garantías del derecho al debido proceso administrativo y lo estipulado en la Ley 1437 de 2011, la Sala considera que para establecer la procedencia o no del retiro de un funcionario público ante la posible configuración de una inhabilidad sobreviniente debido a su condena por responsabilidad fiscal, es necesario iniciar un procedimiento administrativo, en el cual se debe informar del comienzo de la actuación al interesado para que ejerza en un plazo razonable su derecho de defensa y contradicción¹⁰².

6.11. En torno a esta última prerrogativa, este Tribunal estima que permitir su ejercicio es de suma importancia en aquellos eventos en los que se pueda presentar una posible inhabilidad sobreviniente ante una condena fiscal, pues, dentro del traslado correspondiente, el funcionario puede demostrar, por ejemplo, que:

(i) Pagó la sanción, evento en el que, en virtud del párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, el cual señala que la inhabilidad por responsabilidad fiscal cesa “*cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago*”, se deberá dar por finalizado la actuación por carencia de objeto y, por ende, no retirar del servicio al trabajador; o

(ii) Es imposible pagar la sanción debido a su desproporción en comparación con sus ingresos y patrimonio, situación en la cual, antes de proceder a su retiro del servicio, se debe garantizar que tuvo la oportunidad de acudir a las instancias judiciales respectivas y pretender la suspensión de la condena¹⁰³.

6.12. Sobre el particular, la Corte ha expresado que el retiro de un trabajador público “*cuando se configure alguna de las causales de inhabilidad*”, por tratarse de una decisión con repercusiones en los derechos fundamentales del funcionario, “*deberá estar precedido de la observancia del debido proceso a través del cual el inculpado previamente tendrá derecho, como ocurre en los procesos disciplinarios, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a fin de que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa como lo determina el artículo 29 de la Constitución Política*”¹⁰⁴.

¹⁰² El derecho de defensa y contradicción fue definido en la Sentencia T-051 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) como la prerrogativa reconocida a toda persona “*de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que se le otorgan*”.

¹⁰³ Cfr. Sentencia C-101 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

¹⁰⁴ Sentencia C-509 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara). En esta providencia la Corte se pronunció sobre el régimen de inhabilidades de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional contenido en el artículo 6 del Decreto 1888 de 1989, el cual fue cuestionado por presuntamente permitir el retiro del cargo de los trabajadores judiciales sin adelantar un debido proceso, frente a lo cual, se señaló que “*la norma demandada a juicio de la Corporación no viola el debido proceso ni la presunción de inocencia de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues previamente a la declaratoria de insubsistencia, se le garantiza a quien se encuentra incurso en supuesta inhabilidad, la plena observancia de las formalidades propias del respectivo proceso y del derecho de defensa, que una vez finalizado, conduzca a absolverlo de los cargos formulados en su contra o a la insubsistencia motivada, frente a las causales de que trata el precepto demandado*”.

6.13. En suma, en los casos en los cuales la administración considere que uno de sus trabajadores puede estar inmerso en una inhabilidad sobreviniente por haber sido declarado fiscalmente responsable, solo podrá proceder a su desvinculación una vez le haya otorgado la oportunidad de expresar sus opiniones y valorado las mismas junto con las pruebas allegadas a la actuación correspondiente.

7. Caso concreto

7.1. El ciudadano Carlos Alberto Barrios Gómez interpuso acción de tutela en contra del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, al considerar que la decisión de retirarlo de su cargo de concejal ante la configuración de una inhabilidad sobreviniente derivada de la condena por responsabilidad fiscal impuesta por la Contraloría de la ciudad vulneró: (i) su derecho al debido proceso administrativo, pues para tomar tal determinación no se adelantó un procedimiento previo en el cual tuviera la oportunidad de defenderse; y (ii) su prerrogativa a ocupar cargos públicos, ya que se desconocieron los efectos otorgados por la ley al pago de la sanción impuesta por dicho ente de control¹⁰⁵.

7.2. Al respecto, el Concejo Distrital de Cartagena de Indias¹⁰⁶, en su calidad de demandado, y Wilson Toncel Ochoa¹⁰⁷, en su condición de tercero vinculado a la causa, señalaron que el amparo pretendido era improcedente por falta de subsidiariedad. Tal posición fue acogida por los jueces de primera y segunda instancia¹⁰⁸, pero no por esta Sala, la cual determinó paginas atrás que la acción de tutela era viable como mecanismo transitorio en los términos del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991¹⁰⁹. En este orden de ideas, pasa la Corte a analizar los elementos de juicio obrantes en el expediente y a determinar si se configura la vulneración alegada en la demanda.

7.3. Sobre el particular, esta Corporación constata que el Concejo Distrital de Cartagena de Indias vulneró el derecho al debido proceso administrativo del accionante, por cuanto antes de proferir la decisión de cesarlo del cargo de concejal no inició un procedimiento administrativo con la finalidad de permitirle ejercer su defensa y contradicción, pues, contrario a lo exigido por la legislación vigente¹¹⁰, tal determinación se adoptó de plano¹¹¹ a pesar de su entidad y potencialidad de afectar las prerrogativas fundamentales¹¹².

7.4. Igualmente, este Tribunal evidencia que el Concejo Distrital de Cartagena de Indias ignoró los efectos del pago de la sanción fiscal contemplados en el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002¹¹³, toda vez que aunque el

¹⁰⁵ Supra I, 2.

¹⁰⁶ Supra I, 4.

¹⁰⁷ Supra I, 5.2.

¹⁰⁸ Supra I, 6.

¹⁰⁹ Supra II, 3.8. a 3.12.

¹¹⁰ Supra II, 6.

¹¹¹ Supra I, 1.5.

¹¹² Supra II, 5.6. y 6.4.

¹¹³ Supra II, 6.3.

demandante canceló la condena impuesta por la Contraloría de la ciudad y puso de presente tal situación antes de que se adoptara la decisión de cesarlo de su cargo¹¹⁴, se procedió a su desvinculación¹¹⁵ bajo una interpretación formalista de la ley que desconoce que, de conformidad con la mencionada disposición sustancial, es razonable entender que la inhabilidad había terminado y no había lugar al retiro del servicio¹¹⁶.

7.5. Así las cosas, advertida la vulneración de las prerrogativas fundamentales del actor, la Sala revocará las decisiones de instancia que declararon improcedente el amparo solicitado y, en su lugar, protegerá de manera transitoria los derechos al debido proceso administrativo y a desempeñar cargos públicos del accionante¹¹⁷. En este sentido, la Corte:

(i) Suspenderá los efectos de las resoluciones 047 y 052 de 2017 expedidas por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias que dispusieron el retiro del accionante de su cargo de concejal hasta que finalicen los procesos contenciosos administrativos que se encuentran en curso para cuestionar tales decisiones; y

(ii) Le ordenará al presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias que proceda, en el término de 48 horas, a reintegrar a Carlos Alberto Barrios Gómez al cargo de concejal de la ciudad para el período constitucional comprendido entre los años 2016 y 2019.

7.6. Por lo demás, la Corte considera pertinente aclarar que los honorarios dejados de devengar por el ciudadano Carlos Alberto Barrios Gómez mientras estuvo desvinculado del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, así como las reparaciones o indemnizaciones que puedan resultar procedentes, deberán ser pretendidas ante los jueces contenciosos administrativos en los procesos en curso, pues debido a la transitoriedad del amparo en esta ocasión, el mismo opera como mecanismo paliativo de las afectaciones a los derechos fundamentales, pero no como un instrumento resarcitorio de los perjuicios causados.

7.7. Asimismo, esta Corporación estima necesario precisar que el hecho de que Wilson Toncel Ochoa hubiera accedido al cargo de concejal en cumplimiento de un fallo de tutela¹¹⁸, no impide que sea retirado del cargo en acatamiento de esta decisión, comoquiera que el presupuesto que tuvieron los jueces de instancia en dicho proceso de amparo para ordenar que se le asignara una curul en el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, fue la desvinculación de Carlos Alberto Barrios Gómez de la misma corporación, la cual por medio de esta sentencia se deja temporalmente sin efectos.

III. DECISIÓN

¹¹⁴ Supra I, 1.4.

¹¹⁵ Supra I, 1.5. y 1.8.

¹¹⁶ Supra I, 11.

¹¹⁷ Supra II, 3.8. a 3.12.

¹¹⁸ Ver pie de página 18.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias, el 27 de abril de 2018, y por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, el 10 de julio de la mencionada anualidad, los cuales declararon improcedente el amparo de la referencia y, en su lugar, **TUTELAR TRANSITORIAMENTE** los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a desempeñar cargos públicos de Carlos Alberto Barrios Gómez.

SEGUNDO.- SUPENDER LOS EFECTOS de las resoluciones 047 y 052 de 2017 expedidas por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias hasta que finalicen los procesos contenciosos administrativos adelantados por Carlos Alberto Barrios Gómez con ocasión de su retiro del servicio y, en consecuencia, **ORDENAR** al presidente de dicha corporación política que proceda, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, a reintegrar al mencionado ciudadano al cargo de concejal de la ciudad para el período constitucional comprendido entre los años 2016 y 2019.

TERCERO.- LIBRAR, por Secretaría General, las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la página web de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General