



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., abril doce (12) de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE: 11001-03-15-000-2018-00610-00

ACTOR: NACIÓN, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DEMANDADO: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA

ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la solicitud presentada por la Contraloría General de la República, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1. Petición de amparo constitucional

Mediante escrito radicado el 28 de febrero de 2018 ante la Secretaría General de esta Corporación, la Contraloría General de la República, a través de apoderado, interpuso acción de tutela contra la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados con ocasión del fallo del 2 de agosto de 2017, y el auto de corrección del 27 de octubre de 2017, proferidos por la referida autoridad judicial en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 25000-23-27-000-2012-00377-01.

En concreto, solicitó que se efectúen las siguientes declaraciones:

“1. TUTELAR los derechos fundamentales constitucionales al DEBIDO PROCESO, al ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA y al DERECHO DE DEFENSA, de la Contraloría General de la República.



2. EN CONSECUENCIA: DEJAR SIN EFECTOS el fallo de segunda instancia proferido el pasado 2 de agosto de 2017. Notificado por edicto y con constancia de ejecutoria del 29 de agosto de 2017, y el auto de corrección del 27 de octubre de 2017, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco de la República proceso No. 25000232700020120037701, mediante el cual se revocó la sentencia del Tribunal Administrativo proferida el 5 de diciembre de 2013, y en su lugar, ordenar a la Sección Cuarta del Consejo de Estado que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia de tutela proceda a tomar la decisión de fondo y que en derecho corresponda respecto de la legalidad de las resoluciones 0090 del 23 de junio de 2011, 0443 del 03 de agosto de 2011 y 0467 del 14 de diciembre de 2011, reconociendo a favor de la Contraloría General de la República el pago de la tarifa fiscal en la firma establecida en los referidos actos administrativos.”¹

La solicitud tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

El apoderado de la actora indicó que la Contraloría General de la República, en uso de la facultad conferida por el artículo 4 de la Ley 106 de 1993, expidió la Resolución 0090 del 23 de junio de 2011, por medio de la cual fijó, a cargo del Banco de la República, el valor de la tarifa de control fiscal para la vigencia 2011.

Sostuvo que el Banco de la República interpuso los recursos administrativos procedentes, los cuales fueron resueltos desfavorablemente a través de las resoluciones 0443 y 467 de 2011.

Destacó que el Banco de la República presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los referidos actos, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, negó las pretensiones.

Señaló que la entidad en mención apeló dicho proveído, y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante fallo de segunda instancia del 2 de agosto de 2017, corregido por auto del 17 de

¹ Folios 1 a 12.



octubre del mismo año², revocó la decisión de primer grado, declaró la nulidad de los actos demandados, y ordenó a la Contraloría General de la República la devolución de la suma de \$725'493.000.00, debidamente indexados.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que los rubros que la Contraloría General de la República tuvo en cuenta para fijar el monto de la tarifa de control fiscal, no debían hacer parte de la base gravable, toda vez que, según lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993 *“el ámbito en el que el Banco despliega una gestión fiscal recae especialmente sobre las obligaciones que adquiere cuando celebra contratos con el Gobierno Nacional y las demás entidades públicas, para actuar como agente fiscal del Gobierno (...)”*.³

3. Sustento de la vulneración

Advirtió que la providencia bajo cuestionamiento adolece de **defecto sustantivo**, toda vez que la autoridad judicial demandada *“equiparó el ejercicio del control fiscal al Banco de la República a cargo de la CGR al tributo especial reconocido al ente de control como lo es la tarifa fiscal.”*

Frente al punto, sostuvo que la Corporación demandada pasó por alto la fijación del objeto del litigio, que consistió en determinar la legalidad de la tarifa fiscal determinada en los actos demandados, lo que condujo a una decisión motivada en forma distinta a aquella en que las partes y el *a quo* ordinario coincidieron desde el primer momento.

Agregó que la Contraloría General de la República, desde el inicio del trámite, se refirió al alcance del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, sin embargo, la Sección demandada centró el debate judicial en el estudio del artículo 2° de la Ley 42 de 1993 y el artículo 4° del Decreto 267 de 2000, que regulan un tema diverso, esto es, el control fiscal.

² Mediante el cual la autoridad judicial demandada dispuso la corrección de un yerro mecanográfico de la parte resolutive de la sentencia aquí atacada, en la denominación de uno de los actos demandados.

³ Tomado de la sentencia materia de cuestionamiento.



Explicó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1148 de 2001, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, aclaró que la tarifa de control fiscal no está enmarcada dentro de los conceptos de tasas y contribuciones, sino que corresponde a un tributo especial derivado de la facultad impositiva del Estado, que se fija individualmente a cada entidad de la administración y de los particulares que manejan fondos estatales.

Advirtió que en la providencia en mención se puntualizó que la finalidad de dicho tributo especial es garantizar la existencia de recursos para el ejercicio del control fiscal.

Explicó que, de este modo, la tarifa fiscal es un tributo especial que no nace como contraprestación directa del ejercicio del control fiscal, por lo que es claro que aquella no guarda relación con esta.

Precisó que a la luz del tributo de que se trata, la Contraloría General de la República es el sujeto activo del mismo, en tanto que el Banco de la República es el sujeto pasivo, y el hecho generador lo constituye la administración de recursos, fondos o bienes públicos *“por parte del sujeto activo”* (sic)⁴, lo que de suyo supone el ejercicio del control fiscal.

Resaltó que, a su turno, la base gravable es el presupuesto ejecutado por los sujetos pasivos en la vigencia fiscal del año anterior, multiplicado por el porcentaje de participación estatal.

Advirtió que, bajo dichos parámetros, y en aplicación del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, la Contraloría General de la República procedió a requerir la información para fijar la tarifa fiscal, ante lo cual en Banco de la República reportó la cifra de \$12.470'537.551.00, derivada de la *“información extracontable*

⁴ La Sala entiende que el apoderado de la parte actora se refiere a que el hecho generador de la tarifa fiscal lo constituye la administración de recursos, fondos o bienes públicos por parte del sujeto **pasivo** (en este caso el Banco de la República), aspecto que se infiere no solo del texto del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, que establece que *“la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas”*, sino del texto de la Ley 42 de 1993, cuyo artículo 4° dispone que *“el control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”*, luego no puede ser el propio ente de control fiscal, sujeto activo de la tarifa de control fiscal, el que ejerce la gestión fiscal sobre la cual se cobra el tributo de que se trata.



resultado de los resultados (sic) que arroja la aplicación de costos establecida por el Banco”.

Explicó que, a diferencia de lo reportado, el ente de control estableció como presupuesto de gastos ejecutado por el Banco de la República, la suma de \$410.839'000.000.00, con un porcentaje de participación de recursos públicos del 100%, lo que arrojó una tarifa fiscal de \$747'038.570.00.

Señaló que, sin embargo, para el Banco de la República la base gravable *“reflejó en su integridad el monto sobre el que debió el ente de control realizar la función de control fiscal”*, con lo que desconoció el contenido del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, al pretender fijar una base gravable diferente a la allí prevista, al asumir que la tarifa fiscal es igual al control fiscal, o que existe una relación conmutativa entre la labor del ente de control y el pago asumido por el sujeto activo.

Sostuvo que, en ese orden, el fallo atacado condujo a una indebida interpretación de preceptos de rango legal, pues la inconformidad alegada en la demanda ordinaria, más que dirigirse contra la liquidación de la tarifa de que se trata, se encaminó a desconocer lo preceptuado por el artículo 4° de la Ley 106 de 1993.

Expuso que fue en tal aspecto que se configuró el defecto alegado, pues la sentencia desconoció el marco regulatorio del tributo, al definir el asunto con base en la percepción y análisis que de otro precepto normativo, y en otro contexto, realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993.

Agregó que la Corporación en mención, en la sentencia C-1148 de 2001, precisó que la fórmula para establecer la tarifa de control fiscal, a partir del presupuesto de los entes fiscalizados, es proporcionada y razonable, mientras que en la sentencia C-1176 de 2004, señaló que el objeto del control fiscal atañe todos los sectores y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, al margen de la naturaleza de la entidad o su régimen jurídico.

Indicó que, por lo anterior, el control fiscal de la Contraloría



General de la República no surge de la clase, modalidad o estructura del Banco de la República, sino de la gestión de recursos o fondos públicos como parte de su capital social, o los que le son entregados por la Nación para su manejo y/o administración, tal como lo dispone la Ley 610 de 2000 en su artículo tercero.

Explicó que el Banco de la República, al dar respuesta a los requerimientos de la Contraloría General de la República para establecer la tarifa fiscal, aportó información extra contable de los resultados que arrojó la aplicación de costos del Banco, esto es, incluyó el costo fragmentado del servicio de administración de títulos⁵.

Mencionó que, por lo anterior, la Contraloría General de la República, en acatamiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-529 de 1993, C-649 de 1995 y C-566 de 2000, y lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 31 de julio de 1996⁶, tomó como presupuesto ejecutado el rubro de egresos corporativos (compuesto por los gastos de personal, gastos generales, impuestos, seguros, contribuciones, afiliaciones y gastos culturales), gastos de pensionados, y ejecución de los gastos de inversión, y excluyó el rubro de egresos monetarios, para la determinación de la tarifa fiscal.

Señaló que, de este modo, la liquidación que reportó el Banco de la República, no se tuvo en cuenta al momento de establecer la tarifa fiscal, por cuanto la misma se basó en información “*extracontable*”, que solamente incluyó el costo fragmentado del servicio de administración de títulos.

Por otra parte, advirtió que la providencia bajo cuestionamiento adolece de **defecto fáctico**.

Frente al punto, sostuvo que para el Tribunal ordinario de primera instancia, fue evidente que, al margen del régimen presupuestal

⁵ Entre ellos: Títulos de Tesorería TES y DCV; Administración del FAEP; Títulos FOGAFÍN; Títulos de Desarrollo Agropecuario; Otros Títulos – Gobierno Nacional; Administración FRECH.” (Tomado de la respuesta del Banco de la República, transcrita en la sentencia atacada).

⁶ No citó ponente ni radicación.



que gobierna al Banco de la República, el control fiscal recae sobre los fondos o bienes de la Nación.

Destacó que el *a quo* ordinario tuvo como acertado el procedimiento que adoptó la Contraloría General de la República para fijar la tarifa de control fiscal, al considerar que (i) la Circular 008 del 18 de marzo de 2011, en la que se especificó la información a reportar por parte de las entidades vigiladas, y que debía incluir los gastos de funcionamiento, operación, inversión y el servicio de la deuda, debidamente desagregados, se ajustó a los lineamientos que configuran el registro presupuestal de los entes del Estado; (ii) y porque en la respuesta del Emisor, en la que manifestó que no diligenciaría la totalidad de formularios para tal propósito, por tratarse de una entidad sujeta a un régimen presupuestal propio, cuyos recursos no hacen parte del Presupuesto General de la Nación, no se especificó el sustento de tal afirmación.

Indicó que la Corporación que conoció del proceso en primera instancia, abarcó el análisis probatorio del caso, y con base en el mismo, concluyó que los actos que fijaron la tarifa fiscal se sujetaron a lo previsto en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993.

Refirió que, sin embargo, el Colegiado demandado inobservó el análisis del proveído de primer grado, y de paso despojó al ente de control de sus facultades constitucionales previstas en los artículos 119, 267 y 338 de la Carta, así como de la potestad legal de que trata el artículo 4° de la Ley 106 de 1993, y la trasladó al Banco de la República.

Sostuvo que, según el fallo del Consejo de Estado, es el organismo controlado el que impone a su controlador la delimitación del objeto de control fiscal, pese a que tal aspecto está reservado al legislador.

Precisó que el defecto fáctico se consumó cuando la Corporación demandada acogió las cifras que reportó el Emisor para el cálculo de la tarifa fiscal, así como la metodología de costos que utilizó, plasmadas en un cuadro sin soporte alguno de esos resultados, y sin demostración alguna acerca de la veracidad de esa



información.

Indicó que, con ello, se desconoció la facultad constitucional en cabeza del contralor general de la República, para fijar los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación, e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados.

Señaló que la Corporación demandada invirtió la carga probatoria, en tanto confirió plena validez a la liquidación que presentó el Banco de la República, con fundamento en que tal documento no fue materia de contradicción, con lo que pasó por alto todo lo antes expuesto.

Sostuvo que el Tribunal demandado acogió pretensiones que no fueron debidamente formuladas, ya que el Banco de la República solicitó que se liquidara la tarifa fiscal con base en los parámetros que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993, pese a que en esa providencia no se analizó la tarifa en mención.

Advirtió que, además, extralimitó el objeto del litigio, pues si bien lo que se discutió fue el monto de la tarifa de control fiscal, los cargos propuestos por el Banco de la República consistieron en el presunto desconocimiento de su régimen legal especial, y violación del principio de legalidad del tributo por cobrar la tarifa en cuestión con fundamento en una base gravable distinta de la que señala la ley, sin embargo el Consejo de Estado acogió la posición de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C-529 de 1993.

Reiteró que no se valoró integralmente el fallo de primera instancia y los elementos probatorios obrantes en el expediente, específicamente los actos demandados, en los que la Contraloría General de la República expuso de manera detallada las razones y la forma como se incluyeron los conceptos para liquidar la tarifa de control fiscal.

Insistió en que el fallo atacado se edificó sobre el aval dado a la información suministrada por el Banco de la República, sin exponer las razones por las que dicha liquidación era la que debía tenerse en cuenta y no la realizada por la Contraloría General de la



República.

Afirmó que el proveído bajo censura adolece de defecto por **desconocimiento del precedente**.

Al respecto, expuso que el Consejo de Estado desconoció el hecho de que la gestión fiscal del Banco de la República abarca otro tipo de ámbitos que no abordó la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993, esto es, no se pronunció de forma definitiva sobre el alcance del control fiscal del Emisor, por lo que se presenta una cosa juzgada relativa implícita, dado que la constitucionalidad de la norma que en su momento analizó el alto Tribunal Constitucional, se definió únicamente por los cargos analizados.

Indicó que la “*perplejidad*” sobre el alcance del control fiscal frente al Banco de la República, fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁷, en la que señaló que las actividades sujetas a control fiscal de esa entidad son: a) las operaciones para ejecutar decisiones de política monetaria, entre ellas impresión y acuñación de moneda, gastos administrativos y costos de seguridad, b) la administración de las reservas internacionales, que comprende el manejo, inversión, depósito en custodia y disposición de los activos de reserva, c) la administración, representación o manejo de bienes o recursos del Estado, o el otorgamiento de créditos o garantías, cuando el Banco sirva de agente fiscal del Gobierno, y d) los resultados de operaciones financieras en las que el Banco actúa como entidad bancaria.

Destacó que, entonces, la Corte Constitucional, en la sentencia C-529 de 1993, abordó tan solo el ámbito de la gestión fiscal del Banco de la República desde el punto de vista de su papel como agente fiscal, sin pronunciarse sobre las demás operaciones enlistadas por la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado.

Reiteró que la sentencia atacada confirió pleno crédito a la información que el Emisor reportó a la Contraloría General de la

⁷ Citó el concepto del 31 de julio de 1996. Radicación: 848.



República, sobre los costos por administración de títulos, y además confirió patente de corso al método y la forma como se reportó, la cual no puede ser confrontada y verificada y, por lo mismo, controlada fiscalmente.

Señaló que, de este modo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado abarcó como actos de gestión fiscal otras operaciones, aparte de la que expresamente fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional.

Advirtió que la Corporación en mención, al dejar *“huérfanas del control fiscal”* las demás operaciones a las que se refirió la Sala de Consulta y Servicio Civil, desatendió el propio precedente constitucional plasmado en la sentencia C-1191 de 2000, reiterado en la sentencia C-103 de 2015, en donde manifestó la inadmisibilidad de ámbitos vedados o excluidos del control fiscal.

Precisó que el patrimonio del Banco de la República está constituido por cuatro grupos de cuentas, entre ellas las de utilidades o pérdidas, cuya trascendencia radica en la afectación de dichas pérdidas en el presupuesto general de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8°, literal e) del artículo 27 de la Ley 31 de 1992.

Concluyó que el objeto del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, rebasa los ámbitos analizados en la sentencia C-529 de 1993, que solo se concentró alrededor de la moneda, las reservas y el crédito.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante auto del 3 de marzo de 2018 se admitió la solicitud de tutela, se ordenó notificar a la autoridad judicial demandada, y se dispuso la vinculación, como terceros con interés en las resultas del presente trámite, a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, al ministro de Hacienda y Crédito Público, y al gerente general del Banco de la República⁸.

⁸ Folio 121.



Así mismo, se solicitó en calidad de préstamo el expediente ordinario.

5. Argumentos de defensa

5.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B

El ponente de la sentencia de primera instancia, proferida en el trámite ordinario, manifestó que la decisión tomada por la Corporación, tuvo sustento en los preceptos constitucionales y legales aplicables al caso, y que la providencia materia de censura es la que profirió la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁹.

5.2. Banco de la República

Por conducto del director asesor del departamento Jurídico¹⁰, se pronunció de la siguiente manera¹¹:

Precisó que el asunto no tiene relevancia constitucional, ya que el proceso contencioso que dio lugar a la sentencia materia de cuestionamiento, surtió el trámite legal correspondiente.

Indicó que lo realmente pretendido por la Contraloría General de la República, es invocar una tercera instancia que acoja su interpretación del caso.

Señaló que lo que pretendió el Emisor en la demanda ordinaria, fue que se tuviera en cuenta su calidad de sujeto pasivo especial, luego el objeto de la *litis* se limitó a la forma en que la Contraloría General de la República determinó la base gravable de la tarifa fiscal, por cuanto desconoció tal condición, reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993, de tal suerte que en manera alguna se desbordó el objeto del litigio.

Advirtió que de la acción de tutela no emerge con claridad el

⁹ Folios 128 y 129.

¹⁰ Condición que acreditó con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia (folios 133 a 137).

¹¹ Folios 52 a 56.



perjuicio irremediable que la sentencia bajo controversia causo a la Contraloría General de la República, dado que se trata de un proceso culminado, con efectos de cosa juzgada, cuya sentencia se cumplió en los términos del artículo 127 de la Ley 1873 de 2017, sin afectar el presupuesto de dicho organismo.

Agregó que el ente de control no solamente liquidaba la tarifa de control fiscal, hasta el año 2010, con base en la información reportada por el Banco de la República, sino que desde el año 2013 acogió los argumentos del Emisor, y a partir del año 2015 se cuenta con un formulario especial en el que se reporta la información relacionada, únicamente, con sus actividades como agente fiscal.

Anotó que, en suma, se trata de un asunto meramente legal, ya que la Contraloría General de la República argumentó que la liquidación de la tarifa fiscal debía determinarse de conformidad con el artículo 4° de la Ley 106 de 1993, en tanto que el Banco de la República sostuvo que dicha liquidación debía acatar esa norma, en concordancia con el artículo 2° de la Ley 42 de 1993, con el alcance que le dio la Corte Constitucional.

Frente al defecto fáctico, sostuvo que el hecho de que la autoridad judicial demandada haya tomado como base de su decisión la información que el Banco suministró al ente de control, no significa una inducción en error, ni tampoco que se haya entregado la facultad de establecer los elementos del tributo en cuestión.

5.3. Consejo de Estado, Sección Cuarta

La consejera ponente de la decisión bajo controversia, se pronunció en los siguientes términos¹²:

Advirtió que la discusión planteada por el Banco de la República en el proceso ordinario, se dirigió a establecer los conceptos o rubros que debían servir de base para el cálculo de la tarifa de control fiscal, aspecto al cual se circunscribió el análisis de la sentencia.

¹² Folios 149 y 150.



Señaló que, con base en tal planteamiento, resultaba necesario el estudio del alcance de lo dispuesto tanto en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993, como en el artículo 4° del Decreto 267 de 2000, norma cuya violación invocó el Banco de la República.

Explicó que la sentencia C-529 de 1993 de la Corte Constitucional, se refirió al control fiscal que se ejerce sobre la actividad desarrollada por el órgano Emisor, por lo que constituía un referente indispensable para decidir el asunto, por cuanto fue categórica en sostener que no todas las actividades que despliega dicha entidad son objeto de control fiscal, sino, únicamente, los actos de gestión fiscal.

Frente al defecto fáctico, precisó que la Contraloría General de la República no discutió la realidad de las cifras que aportó en Banco de la República.

Frente al desconocimiento del precedente, indicó que la parte actora no precisó la decisión judicial que debía tenerse en cuenta.

5.4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La asesora de esta cartera ministerial¹³, intervino en los siguientes términos¹⁴:

Indicó que la actora, mediante el ejercicio de la presente acción de tutela, desarrolla argumentos de instancia, por estar en desacuerdo con el fallo que profirió la Sección Cuarta del Consejo de Estado, razón por la cual no es procedente la solicitud de amparo.

Manifestó que la entidad demandante debió plantear ante el juez de instancia sus observaciones frente a la información que le reportó el Banco de la República, ya que la acción de tutela no es el medió para ello.

¹³ Condición que acreditó con la copia de la Resolución 0659 de 2018, por medio de la cual se delegó la función de representación judicial y extrajudicial de la entidad (folios 159 y 155).

¹⁴ Folios 44 reverso y 48.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, en atención a lo consagrado por el Decreto 2591 de 1991 y artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2018¹⁵.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales de la entidad actora han sido vulnerados con ocasión de la sentencia del 2 de agosto de 2017, y el auto de corrección del 27 de octubre de 2017, proferidos por la autoridad judicial demandada en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 25000-23-27-000-2012-00377-01.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁶ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁷ y declaró **su procedencia**¹⁸.

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces

¹⁵ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”

¹⁶Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

¹⁷ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹⁸ Se dijo en la mencionada sentencia “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”



para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

4. Examen de requisitos

Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra decisión de tutela, pues la providencia censurada se dictó en el curso del trámite de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez¹⁹ toda vez que el auto por medio del cual se corrigió el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del 2 de agosto de 2017, se dictó el 19 de octubre de 2017, y se notificó por anotación en el estado del 27 de octubre del mismo año, mientras que la presentación de la acción de tutela que ocupa a la Sala tuvo lugar el 28 de febrero de 2018, por lo que el lapso que transcurrió entre su ejecutoria y el ejercicio de la solicitud de amparo es razonable.

Ahora bien, en lo referente a la **subsidiariedad**, la Sala debe precisar lo siguiente:

Según la demandante, la Corporación demandada pasó por alto la fijación del objeto del litigio, puesto que la Contraloría General de la República, desde el inicio del trámite, se refirió al alcance del

¹⁹ El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.



artículo 4° de la Ley 106 de 1993, sin embargo, la Sección demandada centró el debate judicial en el estudio del artículo 2° de la Ley 42 de 1993 y el artículo 4° del Decreto 267 de 2000, que regulan un tema diverso, esto es, el control fiscal.

De este modo, lo que se alega frente a este punto es la falta de consonancia entre lo resuelto en la sentencia y el objeto del litigio o, en otros términos, la decisión se apartó del principio de congruencia de la sentencia, en la medida que contempló un objeto distinto del pretendido en la demanda.

Frente al punto, la Sala advierte que la demanda de tutela, en este punto del cargo, no supera el requisito de subsidiariedad, toda vez que de acuerdo con la postura de la Sala Veintidós Especial de Revisión de Esta Corporación²⁰, la incongruencia da lugar a la nulidad originada en la sentencia, que es una de las causales que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión, en los términos del numeral 6° del artículo 188 del Decreto 01 de 1984²¹.

La tesis de la referida Sala Especial de Revisión fue expuesta en los siguientes términos:

2.5. Nulidad originada en la sentencia

El artículo 250 del CPACA consagra en su numeral 5°, como causal de procedencia del recurso extraordinario de revisión “existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

(...)

2.6. Desconocimiento del principio de congruencia como causal de nulidad de la sentencia

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Providencia de dos (2) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02342-00(REV). Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

²¹ ARTÍCULO 188. Son causales de revisión:

(...)

6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

(...)”



Dentro del contexto expuesto en el acápite anterior, la jurisprudencia de la **Sala Plena Contenciosa** ha indicado que debe aceptarse que **la causal 6ª del artículo 188 del C.C.A., hoy 5 del artículo 250 del CPACA, por nulidad originada en la sentencia, se configura, entre otras razones, cuando al demandado se le condena por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en la misma.**

Circunstancia que también podría encuadrarse en la causal de falta de competencia, en este caso, en cuanto el juez se pronuncia por fuera de los límites impuestos en la causa petendi.

Ello significa que **es procedente el recurso extraordinario de revisión** contra los fallos dictados por esta jurisdicción en segunda instancia o única, **si se alega el desconocimiento del principio de la congruencia**, que en últimas implica una actuación sin competencia.

(...)

En este orden de ideas, esta Sala Especial advierte, conforme a lo expuesto, que **la causal de revisión contenida en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA -antes 6 del artículo 188 del C.C.A.-, es decir, nulidad originada en la sentencia, se puede configurar cuando el fallo objeto de revisión ha desatendido la congruencia interna y/o la externa, pues, en uno y otro caso, el fallador incurre en una clara violación del debido proceso, artículo 29 constitucional**, dado que la providencia proferida en esos términos resulta contraria a las formas propias de cada juicio, en específico, la falta de competencia del juez para abordar asuntos frente a los cuales no se podía pronunciar.

(...)” (Destacado por la Sala)

En consideración a la anterior tesis, la inobservancia del principio de congruencia da lugar a que se configure la causal de revisión prevista en el numeral 6º del artículo 188 Decreto 01 de 1984²², esto es, **“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.”**

²² Codificación bajo la cual se tramitó el proceso ordinario del *sub lite*.



En razón de lo considerado, el cargo de la demanda, relacionado con el defecto sustantivo, por cuanto la demandada analizó normas que no guardan relación con el objeto litigioso, no supera el requisito de subsidiariedad, comoquiera que en tal caso procede el recurso extraordinario de revisión y, por lo tanto, la Sala se abstendrá del estudio de este aspecto, y declarará improcedente la solicitud de amparo en lo que respecta al particular.

Por lo demás, la parte actora no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, por lo que se procederá a estudiar el fondo del asunto; adicionalmente, en lo que concierne a los defectos restantes, los recursos extraordinarios de revisión y unificación, taxativamente contemplados en el ordenamiento contencioso administrativo, no tienen cabida en el *sub examine*.

Bajo esas consideraciones, la Sala abordará el fondo del reclamo deprecado, no sin antes resaltar el carácter excepcional de la acción de amparo, el cual tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial²³, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales²⁴.

5. Caso concreto

En el *sub lite* la parte accionante consideró que sus derechos fundamentales fueron vulnerados con ocasión de la sentencia del 2 de agosto de 2017, y el auto de corrección del 27 de octubre de 2017, proferidos por la referida autoridad judicial en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 25000-23-27-000-2012-00377-01.

Según el fundamento de la presente solicitud de amparo, la autoridad judicial demandada desconoció tales derechos por cuanto incurrió en los defectos (i) **sustantivo**, por desconocimiento del marco regulatorio de la tarifa fiscal (artículo 4° de la Ley 106 de 1993), al definir el asunto con base en la percepción y análisis que de otro precepto normativo, y en otro contexto, realizó la Corte

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



Constitucional en la sentencia C-529 de 1993; (ii) **fáctico**, toda vez que tuvo en cuenta la información que reportó el Banco de la República ante la Contraloría General de la República, la cual no contó con los soportes correspondientes; y (iii) **desconocimiento del precedente**, ya que desatendió la tesis de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual el Banco de la República lleva a cabo otras operaciones sujetas a control fiscal, a las que no se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993, con lo que, de paso, dicho Tribunal desatendió su propio precedente plasmado en la sentencia C-1191 de 2000, reiterado en la sentencia C-103 de 2015, en donde manifestó la inadmisibilidad de ámbitos vedados o excluidos del control fiscal.

Con la presente acción de tutela, la demandante busca que se deje sin efectos la providencia materia de censura y, en su lugar, se ordene a la autoridad judicial demandada proferir una sentencia de reemplazo.

No sobra agregar que a través del auto del 27 de octubre de 2017, la autoridad judicial demandada dispuso la corrección de la parte resolutive de la sentencia aquí atacada, al advertir un error en la denominación de uno de los actos demandados, esto es, se trató de la subsanación de un error mecanográfico que, en manera alguna, alteró las consideraciones, razón por la que la Sala concentrará el análisis que corresponde respecto del fallo bajo cuestionamiento.

Establecido el escenario descrito, la Sala anticipa que negará el amparo solicitado, en razón a que los defectos que la parte demandante endilgó a la providencia bajo censura no se configuraron.

La conclusión anterior tiene sustento en los razonamientos que la Sala pasa a exponer.

5.1. Defecto sustantivo

Como bien se advirtió en el acápite de análisis de requisitos de este proveído, no se abordará lo concerniente a la presunta falta



de congruencia que adolece la providencia bajo cuestionamiento, como ya se explicó, lo que no obsta para que la Sala se ocupe del otro aspecto del cargo, según el cual la autoridad judicial demandada desconoció el marco regulatorio de la tarifa fiscal (concretamente el artículo 4° de la Ley 106 de 1993), al definir el asunto con base en la percepción y análisis que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993.

En síntesis, la Contraloría General de la República considera que, en los términos del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, la base gravable para liquidar la tarifa fiscal, debe contemplar la totalidad del presupuesto ejecutado por los sujetos pasivos en la vigencia fiscal correspondiente, ya que el objeto del control fiscal atañe todos los sectores y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, ello, en este caso, al margen de la naturaleza o régimen jurídico del Banco de la República.

Establecido lo anterior, la Sala considera que la interpretación que sobre el punto realizó la autoridad judicial demandada, no resultó caprichosa o alejada del sentido de las normas que regulan la actividad de control fiscal y la tarifa fiscal, especialmente el artículo 4° de la Ley 106 de 1993²⁵, tal como pasa a explicarse.

El Tribunal que conoció del asunto en primera instancia, para negar las pretensiones de la demanda ordinaria, consideró que el control fiscal recae sobre los fondos o bienes de la Nación, sin que sea relevante el régimen presupuestal de la entidad que los maneje, por lo tanto, los recursos o bienes a cargo del Banco de la República tienen un carácter estatal y son pasibles del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República.

²⁵ "ARTÍCULO 4o. AUTONOMIA PRESUPUESTARIA. La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto.

Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República **cobrar**á una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor, resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría **sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas**, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada.

La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República.

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República."



Por lo anterior, advirtió que la información del presupuesto del año 2010 reportada por el Emisor, no satisfizo los requerimientos de la Circular 008 de 2011 proferida por el ente de control, en tanto no incluyó los gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda, sino que se trató de un prorrateo del servicio de administración de los títulos, lo cual no puede ser asimilado al presupuesto, a la luz del artículo 4° de la Ley 106 de 1993.

Por tal motivo, el Banco de la República sustentó su apelación con fundamento en que su patrimonio es independiente del que conforman los recursos de la Nación, y de manera excepcional recibe en administración determinados fondos de entidades públicas para desarrollar actividades de gestión fiscal, razón por la que no es procedente tomar como base de liquidación para la tarifa de control fiscal la totalidad del presupuesto de la entidad.

Por consiguiente, en la apelación se advirtió que el Banco de la República solo actúa como agente fiscal cuando “(i) *administra el FAEP*²⁶; (ii) *Administra el FRECH*²⁷; (iii) *Administra Títulos del Gobierno (TES*²⁸ *y otros títulos –DVC*²⁹); (iv) *Administra Títulos Finagro*; (v) *Administra Títulos de Fogafin*”, y no “*cuando desarrolla actividades de Banca Central relacionadas con operaciones crediticias, cambiarias, de compraventa de metales preciosos, culturales e industriales.*”³⁰

Es por lo anterior que el estudio de tal planteamiento debía contemplar, necesariamente, el análisis de las actividades del Banco de la República que están sujetas a control fiscal, para así determinar si las mismas abarcan la totalidad del presupuesto corporativo que ejecutó el Emisor, que es la tesis de la Contraloría General de la República, o si están concentradas o limitadas a ciertas materias, como lo indicó el Banco de la República.

En esos términos, la autoridad judicial demandada expuso el análisis que la Sala se permite transcribir, *in extensu*, dada la

²⁶ Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera.

²⁷ Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria.

²⁸ Títulos de deuda pública doméstica.

²⁹ Depósito Central de Valores del Banco de la República.

³⁰ Folios 228 a 242 del expediente ordinario.



importancia del mismo para el asunto en cuestión:

*“Ahora bien, **el artículo 4° de la Ley 106 del 30 de diciembre de 1993**, establece que por el ejercicio de la función de control fiscal «la Contraloría General de la República cobrará una Tarifa de Control Fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor, resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada».*

Sobre la vigilancia y control fiscal que la Contraloría General de la República ejerce al Banco de la República, la Corte Constitucional se pronunció al estudiar la exequibilidad de los artículos 2, 42 y 108 de la Ley 42 de 1993, en la sentencia C-529 de 1993, así:

(...)

***11.5 Siempre que se celebre el respectivo contrato con el Gobierno o las demás entidades públicas, el Banco de la República puede actuar como banquero y agente fiscal del Gobierno** y, en los términos de la Ley 31 de 1992, artículo 13, desempeñar **las siguientes funciones**: "a) A solicitud del Gobierno, actuar como agente fiscal en la contratación de créditos externos e internos y en aquellas operaciones que sean compatibles con las finalidades del Banco; b) Otorgar créditos o garantías a favor del Estado en las condiciones previstas en el artículo 373 de la Constitución Política; c) Recibir en depósito fondos de la Nación y de las entidades públicas. La Junta Directiva señalará los casos y las condiciones en que el Banco podrá efectuar estas operaciones; d) **Servir como agente del Gobierno en la edición, colocación y administración en el mercado de los títulos de deuda pública**; e) Prestar al Gobierno Nacional y otras entidades públicas que la Junta determine, la asistencia en asuntos afines a la naturaleza y funciones del Banco".*

11.6 Las funciones descritas del Banco de la República giran alrededor de la moneda, las reservas y el crédito.

La moneda legal es la expresión misma de un signo monetario al que la ley le asigna el carácter de único medio de pago de curso legal con poder liberatorio inmediato (Ley 31 de 1992 art. 8°). La moneda que emite el Banco de la República no representa obligación alguna a cargo del tesoro y no es, por lo tanto, recurso fiscal.



(...)

La función del Banco de la República como agente fiscal del gobierno tampoco trasluce una competencia fiscal originaria. Por el contrario, sus actuaciones en este campo requieren necesariamente de la previa celebración de los contratos con el gobierno nacional y las demás entidades públicas. Las obligaciones que contrae el banco son las que se convienen en dichos contratos y en ellos se deben consagrar los métodos y mecanismos de control. Como función inmediatamente derivada de un título contractual, la gestión fiscal que pueda ejecutar el Banco de la República se sujetará a la vigilancia fiscal eventual y operativa por parte de la Contraloría General de la República que, en este caso, se restringe a la actividad y bienes objeto del respectivo contrato.

(...)

A la luz de las consideraciones anteriores es evidente que **someter el Banco de la República al control fiscal total que ejerce la Contraloría General de la República contraría el texto y el espíritu de las normas constitucionales. Adicionalmente, desconoce los límites de la materia fiscal y desvirtúa los propios de la monetaria, crediticia y cambiaria, amén de que el principio de eficiencia y economía dejan de observarse al pretender sumar al sistema de control especialmente estructurado para el Banco de la República otro que no es idóneo para los fines que persigue y que en todo caso resultará redundante (CP art. 209).**

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la frase "y el Banco de la República" que aparece en el artículo 2º de la Ley 42 de 1993, así como su parágrafo y las demás expresiones demandadas, en cuanto se refieren al Banco de la República, pero en el entendido que respecto de éste y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371 el control se circunscribirá a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga." (Destacado por la Sala)

Con fundamento en la tesis expuesta por la Corte Constitucional, la autoridad judicial demandada concluyó lo siguiente:

"De acuerdo con los apartes transcritos de la jurisprudencia señalada, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República sobre el Banco de la República tiene un carácter eventual, en tanto que procederá



cuando: i) administre recursos de la Nación o de otras entidades públicas, ii) ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga.

*De las funciones realizadas por el Banco de la República, según el análisis realizado por la Corte, **el ámbito en el que el Banco despliega una gestión fiscal recae especialmente sobre las obligaciones que adquiere cuando celebra contratos con el Gobierno Nacional y las demás entidades públicas, para actuar como agente fiscal del Gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 31 de 1992.***

(...)

Coherente con lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993, el Decreto 267 de 22 de febrero de 2000 (...), en el artículo 4º señala los sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, entre los cuales se encuentra el Banco de la República, así:

“Artículo 4. Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

(...)

7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;

(...)

*Así pues, la lectura íntegra de la norma transcrita y el lineamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional, permite advertir que **el control fiscal que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República sobre el Banco de la República no recae, como si ocurre con otros sujetos, sobre toda su actividad, sino que ha sido restringido a precisas actuaciones dada la naturaleza especial y funciones que le corresponden y que le han sido asignadas por la Ley. En esa medida, la tarifa de control fiscal también es expresa y especial para el Banco de la República, diferente al resto de los demás entes.*** (Destacado por la Sala)

Dadas las precisiones anteriores, la Sala advierte que la autoridad judicial demandada acogió la interpretación en la que la Corte



Constitucional delimitó el rango de acción de la Contraloría General de la República, en materia de control fiscal, y lo restringió, únicamente, a las actividades que ejerce el Banco de la República como agente fiscal del Gobierno, derivada de la celebración previa de contratos con ese propósito.

Por tal razón, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República sobre el Banco de la República, difiere del control sobre las demás entidades estatales, ya que sólo debe contemplar las actividades que lleva a cabo como gestor fiscal del Gobierno, y no sobre la totalidad de la ejecución presupuestal.

Así mismo, el colegiado demandado tuvo en cuenta el texto del artículo 4° del Decreto 267 de 2000, que si bien señaló que el Banco de la República es sujeto de control fiscal, delimitó tal sujeción al cumplimiento de *“actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;”*, lo que es coherente con los fundamentos que expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993.

Al descender al caso concreto, la Corporación demandada precisó:

“De lo expuesto se observa que la Contraloría General de la República, para liquidar la Tarifa de Control Fiscal a cargo de la demandante, tuvo en cuenta el presupuesto ejecutado en los rubros de «egresos corporativos, gastos de pensionados e inversión», en tanto que consideró que la información suministrada por el Banco de la República se trataba de un prorratio en el servicio de administración de títulos, información que no podía ser asimilada al presupuesto de conformidad con el artículo 4 de la Ley 106 de 1993.

(...)

Como se observa, la Contraloría General de la República, al determinar la Tarifa de Control Fiscal en cabeza del Banco de la República para la vigencia 2011, incluyó en la base gravable del tributo la totalidad de los gastos ejecutados en los presupuestos corporativo y de inversión, a pesar de que en estos se encuentran erogaciones que no hacen parte de las actividades de gestión fiscal de esa entidad, las cuales fueron precisadas en los precedentes judiciales citados y que son a las que estrictamente se debe remitir el ente de control.



(...)

De esta forma le correspondía a la Contraloría General de la República establecer la base gravable incluyendo únicamente el presupuesto ejecutado correspondiente a la actividad de gestión fiscal desarrollada por el Banco de la República, pues si bien en el estado de resultados se encuentran registrados todos los ingresos y egresos derivados de su existencia como persona jurídica, no todo el presupuesto ejecutado en esa vigencia corresponde al ejercicio de la actividad fiscal.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la naturaleza del Banco de la República, la estructura de su presupuesto y el método de determinación de costos por actividades que determina cuáles son los asignados estrictamente a la gestión fiscal, no podía la Contraloría General de la República calcular el tributo de acuerdo al criterio general utilizado para las demás entidades públicas y pretender establecer la tarifa sobre la totalidad de los presupuestos corporativo y de inversión.” (Destacado por la Sala)

Tal como se observa, la autoridad judicial demandada aplicó al caso concreto la interpretación jurisprudencial, en armonía con los textos legales que regulan la materia, y concluyó, acertadamente, que los actos que determinaron la tarifa fiscal de que se trata, al haber aplicado al Emisor el mismo derrotero que vincula a las demás entidades estatales y, por lo tanto, incluir en la base gravable del tributo la totalidad del presupuesto corporativo y de inversión, adolecían de un vicio que dio lugar a su anulación.

Si bien es cierto que en la sentencia C-529 de 1993, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 2, 42 y 108 de la Ley 42 de 1993, tal pronunciamiento resultaba de trascendental relevancia a efectos de establecer los parámetros del control fiscal al que está sujeto el Banco de la República y, en concreto, el alcance del numeral 7° del artículo 4° del Decreto 267 de 2000, por cuanto esta disposición establece que el órgano Emisor es sujeto de control fiscal “cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;”, aspecto que no pasó inadvertido para el fallador de segunda instancia.



En esa medida, y contrario a la apreciación de la tutelante, resultaba necesario delimitar el ámbito del control fiscal sobre el Banco de la República para, de este modo, establecer las actividades de ejecución presupuestal que determinan la base gravable del tributo en cuestión.

Por lo tanto, la interpretación de la Sección demandada, tanto de los presupuestos fácticos como jurídicos del caso, no resultan contrarios al sentido de las disposiciones que regulan la tarifa de control fiscal, ya que del análisis sistemático de tales presupuestos, hay lugar a colegir, como bien lo hizo la referida autoridad judicial, que la base gravable del tributo se debe determinar con sujeción a los actos de gestión fiscal que el Emisor tiene a su cargo, y no sobre la totalidad de sus actividades en las que ejecuta presupuesto corporativo y de inversión, como *“el rubro Egresos Corporativos (Gastos de personal, Gastos Generales, Impuestos, Seguros, Contribuciones y Afiliaciones y Gastos Culturales), restando las depreciaciones, provisiones, amortizaciones y otros, más los Gastos de pensionados (...)”*.

Ahora bien, en criterio de la parte actora, el fallador demandado incurrió en un error al equiparar la tarifa fiscal con el control fiscal, que es un asunto totalmente diverso al tributo de que se trata.

Para la Sala, si bien tal aspecto no tuvo relevancia en el sentido de la decisión, pues en manera alguna se indicó que la tarifa fiscal de que se trata surge como una contraprestación de los costos del control fiscal, como lo adujo la parte actora, de todas maneras no se advierte tal yerro; por el contrario, era necesario establecer cuáles son las actividades del Emisor que están sujetas al control fiscal, porque únicamente con fundamento en estas, y no en la totalidad de actos de ejecución presupuestal, es que se determina la base gravable del tributo, como lo explicó de manera más que suficiente la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el fallo materia de censura.

Entonces, aun cuando en la sentencia C-1148 de 2001 la Corte Constitucional precisó que *“La “tarifa de control fiscal” no está enmarcada dentro de los conceptos de “tasas y contribuciones (...), como recuperación de los costos de los servicios que les*



presten (...)”, la determinación de las actividades sujetas a control fiscal no tiene como propósito fijar el monto de una contraprestación directa por dicho control, simplemente se encamina a establecer la base gravable.

Por su parte, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional, en la sentencia C-1176 de 2004, indicó que *“el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico (...)*”, el problema jurídico que se estudió en esa oportunidad consistió en determinar si el numeral 8° del artículo 4° del Decreto 267 de 2000, al incluir como sujetos de vigilancia y control fiscal a *“los demás órganos creados o autorizados por la Carta con régimen de autonomía”*, desconoció los principios de independencia y autonomía respecto de la Auditoría General de la República.

Con todo, la Sala advierte que ninguno de los pronunciamientos antes citados, en los que la demandante pretende fundamentar el presunto yerro interpretativo de la autoridad judicial demandada, se refirió a las actividades del Banco de la República que están sujetas a control fiscal, ni adoptaron alguna postura contraria a lo decidido en la sentencia C-529 de 1993.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, hay lugar a concluir que no se configuró el defecto bajo análisis.

5.2. Defecto fáctico

Como sustento de este defecto, la parte demandante afirmó que la Corporación demandada acogió las cifras que reportó el Emisor para el cálculo de la tarifa fiscal, así como la metodología de costos que utilizó, plasmadas en un cuadro sin soporte alguno de esos resultados, y sin demostración alguna acerca de la veracidad de esa información.

También advirtió que, debido a la valoración de la prueba anterior, se desconoció el material probatorio y las consideraciones del fallo de primera instancia, en cuanto analizó tales medios de convicción



y concluyó que la liquidación de la tarifa fiscal se ajustó a derecho.

De este modo, lo que se cuestiona en este cargo se refiere a la valoración defectuosa o irracional de una prueba, ya que le confirió pleno valor a pesar de las irregularidades que adolece.

En Criterio de la Sala, para el presente caso el defecto fáctico alegado se concreta *“cuando el funcionario judicial valora la evidencia probatoria de manera defectuosa, esto es, cuando a la luz de los postulados de la sana crítica, dicha valoración resulta manifiestamente equivocada o arbitraria y por ello, el valor demostrativo de la prueba se entiende alterado.”*³¹

La parte demandante identificó el medio de prueba cuya errónea valoración es materia de debate, a saber, la información que reportó e Banco de la República mediante el oficio DG-SF-06408 del 29 de marzo de 2011, para atender el requerimiento del ente de control para determinar la tarifa fiscal de la vigencia 2011³².

Así mismo, indicó la razón por la que la valoración que hizo colegiado demandado sobre este medio de convicción fue desacertada, por cuanto, en su criterio, la información allí contenida carece de la metodología y de los soportes mediante los cuales se pueda verificar su veracidad.

La Sala no advierte la configuración del defecto que alega la parte actora, comoquiera que la Contraloría General de la República no planteó durante el trámite ordinario los reparos que sobre esta prueba pretende acreditar ante el juez constitucional.

Se observa que durante el trámite administrativo, así como el judicial, el ente de control indicó que se abstuvo de considerar esta información, en atención a que la misma constituyó el costo prorrateado del servicio de administración de títulos, que solamente es una aproximación de los gastos ejecutados y, por

³¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Radicación: 11001-03-15-000-2015-01471-01. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³² Folio 39 del expediente ordinario.



ello, no corresponde a la ejecución presupuestal de la entidad³³.

Por tal razón, según lo que se verificó del expediente ordinario, el ente de control acudió a la información presupuestal remitida por el Banco de la República correspondiente a la ejecución presupuestal en la vigencia 2010, y de ella extrajo rubros de egresos corporativos (gastos de personal, gastos generales, impuestos, seguros, contribuciones y afiliaciones y gastos culturales) y gastos de pensionados, y con base en los mismos estableció la base gravable de la tarifa fiscal para la vigencia 2011.

En la contestación de la demanda, la Contraloría General de la República expuso que no le asistía razón al Banco de la República *“para considerar que se debe liquidar la tarifa de control fiscal a un costo prorrateado del servicio de administración de: Títulos (...), toda vez que el Banco de la República es sujeto de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos, o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida que lo haga, además se hace el control fiscal sobre la ejecución del presupuesto de conformidad con la Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 1995.”*

Tal como se observa, la razón por la que la Contraloría General de la República no tuvo en cuenta la información que reportó el Emisor se fundó, no en que la misma adoleciera de las irregularidades que se plantean en esta tutela, sino en la aplicación de un derrotero estrictamente jurídico, según el cual la base gravable del tributo se determina sobre la totalidad del presupuesto ejecutado por la entidad.

Sin embargo, ocurrió que la tesis del ente de control y vigilancia fue desvirtuada en sede judicial, como se expuso de manera extensa en el acápite anterior, de tal suerte que los rubros que tuvo en cuenta para establecer la base gravable de la tarifa fiscal no podían hacer parte del cálculo correspondiente.

³³ Según lo advirtió en la Resolución 443 del 3 de agosto de 2011, por medio de la cual decidió un recurso de reposición (folios 22 a 33), y en la contestación de la demanda (folios 69 a 79).



Por ese motivo, la autoridad judicial indicó que *“revisada la información suministrada por el Banco de la República para efectos del cálculo de la tarifa de control fiscal correspondiente al año 2011, se advierte que corresponde a los gastos incurridos en ejercicio de la función de agente fiscal del Gobierno, si se tiene en cuenta que se ajusta al manejo o administración de títulos y fondos del Gobierno³⁴, sin que el ente demandado haya controvertido dicha información.”* (Destacado por la Sala)

De este modo, no se observa que la autoridad judicial demandada haya incurrido en alguna inconsistencia al momento de valorar la prueba bajo análisis, ya que según la tesis legal expuesta como fundamento de sus consideraciones, la información allí contenida correspondía con la ejecución presupuestal que el Banco de la República llevó a cabo como agente fiscal del Gobierno, sin que en el proceso ordinario se haya planteado debate alguno acerca de su contenido, pertinencia o veracidad.

No está de más recordar que *“la actividad intelectual que realiza el fallador en materia de apreciación y valoración de pruebas, hace parte de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces de la república y por lo mismo, ni las partes y mucho menos el juez constitucional, puede imponer a toda costa su criterio, interpretación y lógica sobre la del natural, como si se tratara de un juez superior e infalible y con ello, sustituir de manera arbitraria el juicio valorativo de aquel.”³⁵*

Los razonamientos anteriores conducen a la Sala a despachar desfavorablemente el cargo por defecto fáctico.

5.3. Desconocimiento del precedente

³⁴ Cita de cita: De acuerdo con la información suministrada en la página web del Banco de la República, este actúa como agente fiscal, en «la función de administrar algunos fondos de carácter público, tales como el Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria (Frech), el cual es un fondo-cuenta de la Nación, que tiene por objeto facilitar las condiciones para los programas de financiación de vivienda del Gobierno nacional. Por su parte, por constitución, el Banco administra el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP) y el Fondo de Ahorro y Estabilización del Sistema General de Regalías (Fideicomiso FAE)». Ver cuadro de la información suministrada por el Banco a la Contraloría en la cual se relacionan los fondos a los que acá se hace referencia, entre otros.

³⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Radicación: 11001-03-15-000-2015-01471-01. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



Sobre este defecto, la Sección Quinta se ha referido en relación con el significado de precedente y jurisprudencia³⁶.

Al respecto, se ha indicado que el primero de ellos se refiere a *“la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la ratio decidendi, [la cual] (...) no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho”* mientras que el segundo se asimila *“a las providencias generadas solo por las Altas Cortes u **órganos de cierre en la jurisdicción**”*.³⁷ (Destacado por la Sala)

Igualmente se indicó que:

*(...) [E]n razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial, **sólo puede provenir de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones** como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria.*

(...)” (Destacado por la Sala)

En el caso concreto, la parte actora afirmó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-529 de 1993, únicamente abordó el ámbito de la gestión fiscal desde el punto de vista del papel del Banco de la República como agente fiscal, sin pronunciarse sobre las demás operaciones enlistadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³⁸, en cuanto expuso como actos de gestión fiscal del órgano Emisor otras actividades, aparte de la que expresamente fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional.

En concreto, se advierte en este cargo que se desatendió la tesis de la referida Sala, de acuerdo con la cual la gestión fiscal del Banco de la República va más allá de las actividades que lleva a cabo como agente fiscal.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2015-03146-01.

³⁷ Ibídem.

³⁸ Citó el concepto del 31 de julio de 1996. Radicación: 848.



Frente a este cuestionamiento, resulta del caso advertir que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, si bien hace parte de esta Corporación, no tiene a su cargo funciones jurisdiccionales y, por ello, sus conceptos no resultan vinculantes para los jueces, como sí lo son las providencias de las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, y de la Corte Constitucional en sede de unificación y constitucionalidad.

En efecto, por disposición Superior³⁹, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo se divide *“en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.”*

Así, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 prevé que *“La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. **Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.**”* (Destacado por la Sala)

La misma norma establece que *“Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.”*

Por lo tanto, en atención a que la Sala de Consulta y Servicio Civil no tiene funciones jurisdiccionales, no puede catalogarse como órgano de cierre en materia jurisdiccional, además que, por expresa disposición legal, sus conceptos no son vinculantes.

Por lo tanto, la autoridad judicial demandada, al acoger el criterio expuesto por la Corte Constitucional, cuyas providencias de constitucionalidad vinculan a todos los jueces, no desconoció precedente alguno.

En otro aparte del cargo bajo análisis, la parte demandante advirtió que la Corte Constitucional, al dejar *“huérfanas del control fiscal”* las demás operaciones a las que se refirió la Sala de Consulta y

³⁹ ARTICULO 236. El Consejo de Estado tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley.

El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.



Servicio Civil, desatendió el propio precedente constitucional plasmado en la sentencia C-1191 de 2000, reiterado en la sentencia C-103 de 2015, en donde manifestó la inadmisibilidad de ámbitos vedados o excluidos del control fiscal.

Al respecto, es necesario precisar que en la sentencia C-1191 de 2000 se estudió una demanda en contra del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, que estableció el control fiscal de las empresas de servicios públicos en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas; mientras que en la sentencia C-103 de 2015, se analizó la constitucionalidad del numeral 7° del artículo 5° del Decreto 267 de 2007, relacionado con el control de advertencia a cargo de la Contraloría General de la República.

Ninguna de las providencias bajo cita se refirió a las actividades de gestión fiscal a cargo del Banco de la República, como si se hizo, en concreto, en la sentencia C-529 de 1993.

Inclusive, vale destacar que en la sentencia C-103 de 2015, la Corte Constitucional, si bien reseñó que el Emisor es sujeto de control fiscal, en la nota de pie de página 30 puntualizó el alcance de tal afirmación, en cuanto se refirió, precisamente, a la *“Sentencia C-529 de 1993 (...), donde la Corte, entre otras determinaciones, declaró exequibles los apartes del artículo 2° de la Ley 42 de 1993 en donde se establecía como sujeto del control fiscal al Banco de la República. Este Tribunal sostuvo que el carácter autónomo y el régimen especial dispuesto en la Constitución para el Banco de la República, no implican sustraer a dicha entidad del ámbito de control. No obstante, advirtió que “en lo que concierne al control fiscal, debe precisarse que éste no es permanente como equivocadamente lo articula la norma acusada, sino que ha de llevarse a cabo cuando el Banco ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga”.*

Como resultado del razonamiento anterior, no se advierte el desconocimiento del precedente alegado y, por lo tanto, el cargo no está llamado a prosperar.



5.4. Conclusión

La Sala encuentra que los cargos de la demanda, más que advertir verdaderos defectos de la providencia que cuestiona, se dirigen a controvertir, esta vez en sede constitucional, las consideraciones que tuvo en cuenta la autoridad judicial demandada para decidir el asunto de manera contraria a sus intereses, esto es, reflejan el inconformismo con la interpretación del caso por parte del juez natural.

Conviene recordar que la acción de tutela no es el mecanismo para revivir los debates propios de las instancias ordinarias, ya que para ello la ley dispone del andamiaje jurisdiccional pertinente para la atención de estos asuntos, y el trámite legal propicio para la materialización de los derechos.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Sala denegará el amparo solicitado por la parte demandante.

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

FALLA

PRIMERO.- Declárase improcedente la solicitud de amparo presentada por la Contraloría General de la República, en lo concerniente al defecto sustantivo alegado, únicamente en lo relacionado a la falta de congruencia entre el objeto de la *litis* y lo resuelto en la sentencia, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO.- Niégase la presente solicitud de amparo frente a los demás cargos, conforme a lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

TERCERO.- Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

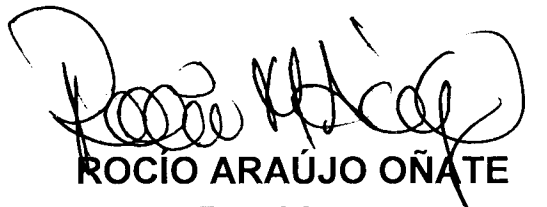
CUARTO.- Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la



Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

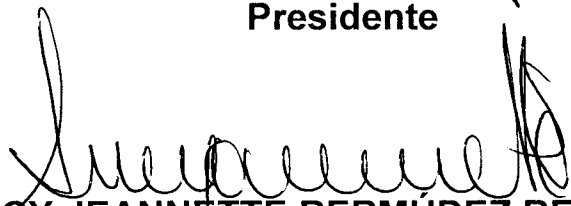
QUINTO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **devuélvase** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, el expediente 25000-23-27-000-2012-00377-01, que corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el Banco de la República, en contra de la Contraloría General de la República, el cual fue remitido en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

