



Radicado: 11001031500020210117501
Asunto: Control automático de legalidad del fallo con
responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de diciembre de 2020

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., 29 de junio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Control automático de legalidad de fallo con
responsabilidad fiscal

Radicación: 11001031500020210117501

Acto: Fallo con responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de
diciembre de 2020, expedido por la Contraloría
Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención
Judicial y Cobro Coactivo

**Declarado
responsable fiscal:** Consorcio Alianza Turística y otros¹

Tema: Control difuso de constitucionalidad y
convencionalidad frente a la aplicación de lo dispuesto
en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, sobre
el control automático de legalidad de actos
administrativos que declaran la responsabilidad fiscal

Decisión: Auto de unificación que confirma la decisión apelada y
dispone sobre la caducidad del medio de control de
nulidad y restablecimiento del derecho.

AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

AIJ 01-2021

ASUNTO

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidirá en auto de unificación jurisprudencial², por importancia jurídica, el recurso de apelación presentado por la

¹ L'Alianza Travel Network Colombia SA, Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica (Acodres), Sistema de Transporte por Cable (Sistrac SA), Alfredo Giraldo Aristizábal y CIA LTDA (hoy denominada Alfredo Giraldo Aristizábal SAS) y Compañía Aseguradora de Fianzas (Confianza SA).

² El artículo 79 de la Ley 2080 modificó el artículo 271 del CPACA y así incluyó los «autos de unificación», razón por la cual el Consejo de Estado puede asumir conocimiento de los asuntos



Contraloría General de la República (CGR)³ en contra de los autos del 28 de abril y del 13 de mayo de 2021, proferidos, en sala unitaria, por el consejero de Estado Martín Bermúdez Muñoz, de la Sala Especial de Decisión n.º 7, en los que, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, se abstuvo de conocer el control automático de legalidad del fallo con responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de diciembre de 2020, expedido por la Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, confirmado mediante Auto n.º URF-236 del 10 de marzo de 2021 emitido por el contralor delegado intersectorial n.º 2 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de la CGR.

ANTECEDENTES

- La responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de diciembre de 2020

2. La CGR declaró la responsabilidad fiscal a título de culpa grave por la inadecuada gestión fiscal en la celebración, ejecución y liquidación del contrato 079 de 2010, que tuvo como objeto el diseño y puesta en funcionamiento del teleférico en la ciudad de Manizales, denominado «Camino de la Palma-Los Yarumos», porque se demostró que no se encontraba en funcionamiento, lo cual derivó en pérdida del patrimonio público⁴. En consecuencia, fueron condenados a pagar solidariamente la suma de \$1.824.121.433,90.

3. La decisión fue confirmada en segunda instancia por Auto n.º URF-236 del 10 de marzo de 2021. En cumplimiento del artículo 23 de la Ley 2080, que regula el control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran responsabilidad fiscal, el asunto fue remitido para conocimiento del Consejo de Estado con oficio del 18 de marzo de 2021.

pendientes de decisión interlocutoria, por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación.

³ En adelante CGR

⁴ Lo cual constituye el objeto de la investigación fiscal adelantada por el órgano de control, la cual inició el 6 de agosto de 2015 con fundamento en una denuncia que fue tramitada por la Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, y luego trasladada a la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva. Ver índice 2 del expediente digital del proceso de primera instancia (rad. 11001031500020210117500).



- **Los argumentos expuestos en el auto que no avocó conocimiento en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080⁵**

4. En la providencia apelada se aplicó la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4.º de la Constitución Política. El ponente decidió no avocar conocimiento del asunto y ordenó devolver el expediente administrativo a la CGR, porque consideró que el control automático de legalidad de los actos administrativos con responsabilidad fiscal es contrario a los artículos 29, 229, 237 y 238 de la Carta Política. Los principales argumentos se resumen así:

(i) Los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, que adicionaron los artículos 136A y 185A el CPACA⁶, desconocen la función constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues impiden demandar los actos administrativos de carácter particular que declaran la responsabilidad fiscal de personas naturales o jurídicas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se garantiza: (a) que estas puedan formular, dentro del término de caducidad previsto en la ley, una demanda respecto de derechos de su exclusiva disposición; (b) la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo, lo cual tiene fundamento directo en el artículo 238 de la Constitución; (c) la facultad de pedir y allegar medios de prueba y recurrir la decisión que los niegue; y (d) el derecho a presentar alegatos antes de que se profiera sentencia.

(ii) Con el control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal se limita la posibilidad de pedir el restablecimiento de los derechos o reclamar el pago de los perjuicios causados por el acto administrativo de carácter particular.

(iii) No se garantiza el acceso a la justicia y vulnera los derechos a la igualdad y al debido proceso, toda vez que, a quienes son declarados fiscalmente responsables, se les da el tratamiento de «intervinientes» en un proceso de naturaleza pública, que se inicia sin que medie su voluntad, a través de un auto irrecurrible y en el cual también

⁵ Auto de ponente del 28 de abril de 2021

⁶ Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. En adelante CPACA.



puede comparecer cualquier persona, llevando a que el sancionado deba afrontar no solo a la entidad que lo declaró responsable, sino también a la sociedad en general, cuya representación corresponde al Ministerio Público.

(iv) Por último, este control automático termina con una sentencia con efectos *erga omnes*, que, por definición, vincula a quienes no hicieron parte del proceso.

- **Argumentos del recurso de reposición y de alzada**

5. La CGR presentó recurso de reposición y en subsidio el de súplica (o en su defecto el que resultare procedente en aplicación del artículo 318 del CGP). Pidió que se avoque el conocimiento del control automático de legalidad y que, en virtud de lo consagrado en el artículo 271 del CPACA, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decida el recurso pertinente. Las razones se resumen así: (i) El Acto Legislativo 04 de 2019 que reformó el Régimen de Control Fiscal implicó un cambio de paradigma, al cual se agrega la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷ que resolvió el caso Gustavo Petro Urrego contra Colombia, en el que ordenó que el Estado adecuara el ordenamiento jurídico de acuerdo con las consideraciones vertidas en los párrafos 111 a 116 de dicho fallo. (ii) El nuevo artículo 267 de la Carta Política constitucionalizó lo relativo a la revisión judicial de las declaratorias de responsabilidad fiscal. El Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020 y los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, que reformó el CPACA, precisaron las reglas sustanciales y adjetivas de carácter especial que deben seguirse en esta materia. (iii) Consideró que lo que realmente hizo el *a quo* fue aplicar la excepción de ilegalidad, que no es procedente frente a un procedimiento jurisdiccional emanado de la Carta y dicha decisión compete a la Corte Constitucional. Asegura que la providencia recurrida es una vía de hecho porque hace nugatorio el acceso el derecho de acceso a la administración de justicia. (iv) Aseguró que en el control automático de legalidad se contemplan las siguientes garantías: Competencia del juez natural; el derecho de defensa, toda vez que los responsables fiscales deben ser notificados de la decisión que avoca el conocimiento; el proceso es público, porque puede acceder cualquier persona; suspende el registro del fallo en el boletín de Responsables Fiscales; y se mantiene la independencia, autonomía e imparcialidad del juzgador, lo cual es un presupuesto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁷ En adelante Corte IDH.



- **Auto que resolvió el recurso de reposición**

6. El magistrado ponente⁸ no repuso el auto, en consecuencia concedió el recurso de apelación. Ordenó remitir el asunto a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. El resumen de las razones consignadas en el auto son las siguientes: (i) En el ordenamiento jurídico no pueden coexistir dos procesos judiciales en los que se debata el mismo punto; (ii) ni la sentencia de la Corte IDH del 8 de julio de 2020, ni el artículo 267 de la Constitución, reformado por el Acto Legislativo 04 de 2019, avalan la constitucionalidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021; (iii) la excepción de inconstitucionalidad se aplicó a normas de rango legal, y que el hecho de que el legislador hubiese creado el control automático de los actos que declaran la responsabilidad fiscal en cumplimiento de la mencionada sentencia de la Corte IDH no les otorga un estatus normativo superior a las disposiciones inaplicadas; (iv) el fallo de la Corte IDH que ordenó adecuar el ordenamiento interno, no estableció que la forma específica de hacerlo fuera con la introducción del control automático de legalidad de los actos administrativos con responsabilidad fiscal a cargo de una autoridad jurisdiccional; (v) en desarrollo del principio de separación de funciones entre las ramas del poder público, los actos administrativos pueden ser ejecutados directamente por la administración, incluso si son impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual, además, tiene la facultad constitucional de suspenderlos provisionalmente cuando son demandados, siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales para tales efectos; (vi) advirtió que los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 suprimen el medio de control que permite pedir la suspensión provisional de los efectos del fallo con responsabilidad fiscal y disponen que una de las consecuencias del trámite es que la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales se «entenderá suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva», situación que transgrede el principio de separación de funciones entre las ramas y órganos del poder público, porque limita la ejecutividad de los actos administrativos definitivos, que se fundamenta, asimismo, en su presunción de legalidad. (vii) Finalmente, en lo relativo al debido proceso y al derecho de defensa en el control automático, el *a quo* indicó que estos se ven garantizados cuando al particular se le otorga la posibilidad de formular una demanda en contra de la entidad que emitió el acto administrativo, para que esta sea resuelta por un juez imparcial que debe pronunciarse en la sentencia sobre las pretensiones

⁸ Auto del 13 de mayo de 2021.



formuladas, con base en los hechos y el concepto de violación normativa en ella contenidos, y también en los medios de prueba allegados y solicitados, todo lo cual se pretermite con los artículos 23 y 45 de la Ley 2080, pues se sustituye el derecho a demandar por una revisión similar al grado jurisdiccional de consulta, que puede tramitarse y resolverse, incluso, sin la participación en el proceso del afectado por el fallo con responsabilidad fiscal.

- **Respecto de la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de avocar conocimiento del asunto para emitir auto de unificación jurisprudencial**

7. En providencia del 9 de junio de 2021 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió avocar el conocimiento por su importancia jurídica. Lo anterior en ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 271 (modificado por la ley 2080), para dictar auto de unificación. En el mismo interlocutorio se declararon fundados algunos impedimentos presentados y se separó del conocimiento del asunto a los magistrados que integran la Sala Especial de Decisión n.º 7, porque dicha Sala Especial fue la competente para conocer en primera instancia⁹.

CONSIDERACIONES

8. Para resolver este recurso, inicialmente, **(i)** se abordarán las características generales del sistema de control de constitucionalidad colombiano; **(ii)** luego se estudiará lo relativo al examen de convencionalidad como componente del control de constitucionalidad; **(iii)** también se expondrán los antecedentes legislativos del control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal y del proyecto de reforma a las disposiciones que lo regulan; y, finalmente, **(iv)** se determinará si en el caso concreto procede revocar o confirmar la decisión impugnada.

⁹ **NOTA:** Fueron declarados fundados los impedimentos presentados por los magistrados Milton Chaves García, Roberto Augusto Serrato Valdés, Nicolás Yepes Corrales, Rocío Araujo Oñate, Guillermo Sánchez Luque, Luis Alberto Álvarez Parra y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. También se apartaron del conocimiento los magistrados de la Sala Especial de Decisión n.º 7, de la cual provino el auto impugnado, a saber: los doctores Martín Bermúdez Muñoz, Oswaldo Giraldo López, Carmelo Perdomo Cuéter y Julio Roberto Piza Rodríguez.



i. Características generales del sistema de control de constitucionalidad colombiano.

9. El artículo 4.º de la Constitución Política de 1991 consagra la supremacía de las normas constitucionales, razón por la cual, en los casos de incompatibilidad de la ley u otra norma jurídica con aquella, debe prevalecer la norma constitucional. Por ello se ha indicado que el sistema de control de constitucionalidad colombiano tiene un carácter mixto¹⁰, porque combina, por un lado, un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado¹¹, en el que estos órganos judiciales pueden, respectivamente, declarar inexequibles o anular normas de rango legal o reglamentario¹² que violen la Norma Superior. Y, por el otro, un control difuso, en virtud del cual, cualquier autoridad puede dejar de aplicar preceptos jurídicos infraconstitucionales por ser contrarios a la Carta al momento de resolver el caso concreto.

10. Así pues, en ejercicio del control difuso, se ha entendido que, para garantizar la supremacía constitucional, los jueces tienen el deber de ejercer un control de constitucionalidad por vía de excepción¹³, el cual consiste en comparar, en cada caso, la concordancia de los mandatos de la Constitución con las consecuencias derivadas de la aplicación de un precepto normativo de rango inferior frente a los derechos de las personas. De esa manera, cuando se observe la incompatibilidad entre la adjudicación de una ley u otra norma jurídica con la Carta Política, será procedente dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad¹⁴.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011. En el mismo sentido: Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 9 (este texto puede ser consultado en <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II.1.73.pdf>).

¹¹ El artículo 241 de la Carta consagra las funciones de la Corte Constitucional como juez concentrado de la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Igualmente, en lo que tiene que ver con el Consejo de Estado, de acuerdo con el numeral 2.º del artículo 237 de la Constitución, a esta Corporación le corresponde «conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional».

¹² En estos casos se trata de los llamados «reglamentos constitucionales autónomos» que pueden ser objeto del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad que le compete al Consejo de Estado.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011.

¹⁴ Cfr. MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, «La excepción de inconstitucionalidad como instrumento de constitucionalización del Derecho administrativo», en: *La constitucionalización del Derecho*



ii. El examen de convencionalidad como componente del control de constitucionalidad

11. Es importante advertir que el control de constitucionalidad, tanto concentrado como difuso, también implica el análisis de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, tal y como lo indica el artículo 93 de la Constitución de 1991¹⁵.

12. En esa ilación, el control de constitucionalidad tiene dos acepciones: una estricta (*strictu sensu*) y otra amplia (*lato sensu*). La primera, la conforman «aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción»¹⁶. La segunda, se compone de «las disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional»¹⁷.

13. Ahora bien, con la aprobación y ratificación por parte del Estado colombiano de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el «Pacto de San José» de 1969¹⁸, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el denominado control de convencionalidad¹⁹, concepto desarrollado por la Corte IDH

administrativo, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 315.

¹⁵ CP, art. 93: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]».

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2015.

¹⁸ Colombia aprobó la Convención Americana mediante la Ley 16 de 1972 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH mediante un instrumento de aceptación de fecha 21 de junio de 1985.

¹⁹ «La expresión “control de convencionalidad” la propuso el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, en decisión del 25 de noviembre de 2003»: ENRIQUE GIL BOTERO, *Control de convencionalidad en Colombia*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2019, p. 104.



el cual quedó resumido en las consideraciones la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*²⁰. Veamos:

«[...] Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

14. Lo anterior quiere decir que los jueces colombianos deben «realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»²¹, lo cual se fundamenta en los principios del efecto útil de la CADH²² y del principio *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²³, e igualmente en los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1²⁴ y 2.²⁵ de la Convención Americana. Sobre este último artículo, se resalta que consagra la obligación de los Estados Partes de adecuar su ordenamiento jurídico a los términos de la CADH, lo cual puede realizarse, ya sea mediante la legislación (en sentido

²⁰ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie c, n.º 154, párr. 124, p. 53.

²¹ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid: Marcial Pons, 2013 (2.ª reimp. 2017), p. 674. Este texto puede ser consultado en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12286>.

²² Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie c, n.º 174, párr. 128, p. 47.

²³ Según el cual «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

²⁴ CADH, art. 1.1: «Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

²⁵ CADH, art. 2: «Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».



material) o por la aplicación del control difuso de convencionalidad en la solución de casos concretos.

15. En efecto, se destaca que, al igual que ocurre con el control de constitucionalidad abordado en el acápite anterior, en materia de convencionalidad también existe un sistema mixto de control, en el que, el de carácter concentrado, es competencia **subsidiaria** de la Corte IDH²⁶, y con ocasión de este puede declarar la responsabilidad internacional de los diferentes Estados Partes de la Convención y ordenar modificaciones a su derecho interno con el fin de adecuarlo a dicha norma²⁷⁻²⁸. Por otro lado, el difuso, es el que deben hacer todos los jueces y autoridades²⁹ cobijadas por la CADH, cuando inaplican en casos concretos normas nacionales por ser contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos³⁰.

²⁶ El principio de subsidiariedad «se fundamenta en la idea y el supuesto de que los Estados deben ser la primera instancia de protección y respeto de los derechos humanos, y sólo cuando esta instancia ha sido incapaz de garantizar la efectividad de estos, opera la jurisdicción internacional»: ENRIQUE GIL BOTERO, *op. cit.*, p. 54.

²⁷ *Ibidem*, p. 54.

²⁸ Hay que advertir que la Corte IDH no tiene el poder de expulsar normas del ordenamiento jurídico interno, como si lo puede hacer la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en nuestro país, pues «Cuando la Corte IDH declara la incompatibilidad de una norma de derecho interno con la CADH, está ordenando al Estado que adecúe su ordenamiento interno a los parámetros de la convencionalidad, so pena de seguir incumpliendo el tratado, y ello se deriva directamente del artículo 2 de la CADH»: *Ibidem*, p. 89.

²⁹ «La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. **Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”**». (Negrita fuera de texto): Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia, sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie c, n.º 259, párr. 142, p. 42.

³⁰ Cfr. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, *El control de convencionalidad*, 3.ª ed., Bogotá: Temis, 2017, pp. 109-110.



16. De esta manera, la doctrina del control de convencionalidad se ha consolidado en la jurisprudencia constitucional³¹ y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se destaca, entre otros, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Gustavo Petro Urrego en contra de la sanción disciplinaria proferida por la Procuraduría General de la Nación, en donde la Sala Plena del Consejo de Estado concluyó que de conformidad con el artículo 23.2 de la CADH³² la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para inhabilitar o restringir derechos políticos de los servidores públicos elegidos popularmente, razón por la cual inaplicó normas del Código Disciplinario Único, vigente en la época.

iii. Antecedentes legislativos del control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal y del proyecto de ley estatutaria que reforma a las disposiciones que lo regulan

17. El inciso quinto del artículo 267 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1.º del Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, reguló que «el control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público» y que «su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley». Al respecto, en la ponencia para segundo debate en el Senado, se explicó que la principal razón del Acto Legislativo es el de garantizar mayor celeridad en el control jurisdiccional de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal³³.

18. En cumplimiento de lo anterior y, en virtud de las facultades otorgadas al presidente de la República (artículo 268, superior) para expedir decretos con fuerza de ley y con el fin de desarrollar el referido acto legislativo, fue expedido el Decreto

³¹ La postura vigente de la Corte Constitucional acerca del control de convencionalidad se puede estudiar en las sentencias C-792 de 2014, C-327 de 2016 y C-659 de 2016, entre otras.

³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 110010325000201400360 00 (1131-2014).

³³ Ver Proyecto de Acto Legislativo n.º 39 de 2019 Senado y n.º 355 de 2019 Cámara. Ver Gaceta del Congreso n.º 439 del 31 de mayo de 2019, pp. 15-16, 27. Es interesante advertir que en la versión inicial del proyecto de acto legislativo se pretendía dotar de funciones jurisdiccionales a los entes de control fiscal.



Ley 403 del 16 de marzo de 2020, el cual, en el artículo 152 dispuso adicionar el artículo 148A al CPACA. Veamos:

«**Artículo 152.** Adicionar el artículo 148A de la Ley 1437 de 2011, así:

“**Artículo 148A. Control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal.** El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal tendrá trámite preferencial respecto de las demás acciones y procesos que conozca la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con excepción de las acciones de tutela, populares preventivas, de grupo, de cumplimiento, del recurso de habeas corpus, del medio de control de nulidad electoral, y del proceso de pérdida de investidura. En todo caso el trámite del control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal, incluida la primera y segunda instancia, no podrá ser superior a un (1) año.

Parágrafo. La rama judicial a través de su órgano competente adoptará las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.

Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en el presente artículo aplicará a las demandas que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de este decreto ley. Las demandas que estén en curso antes de la vigencia del presente decreto ley, continuarán tramitándose conforme al régimen jurídico anterior».

19. Este precepto fue luego derogado expresamente por el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021³⁴, la cual, a su vez, introdujo el medio de «control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal» el cual quedó regulado en los artículos 23 y 45 (que, como ya se ha indicado, adicionaron los artículos 136A y 185A al CPACA). En ese sentido, el primero de los preceptos mencionados se encargó de plasmar esta nueva figura, definir sus rasgos generales y la distribución de competencias para su conocimiento dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que el segundo se ocupó, principalmente, de regular el trámite y las etapas a las que debe someterse.

20. Estas disposiciones fueron incluidas en el texto propuesto para tercer debate ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y, en las observaciones

³⁴ L. 2080/2021, art. 87: «Derogatoria. Deróguense las siguientes disposiciones a partir de la vigencia de esta ley: el artículo 148A [...]». (Negrita fuera de texto).



referidas a la introducción de estas normas en el proyecto de ley, solo se dijo lo siguiente³⁵:

«[...] Se propone que la sentencia proferida en virtud del control jurisdiccional, incluya, entre otros, el control de legalidad sobre la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales, la cual se entenderá suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva por la jurisdicción contencioso administrativa (sic). Con lo anterior, además de generar la seguridad jurídica mencionada, al establecer un control jurisdiccional acorde con la estructura institucional del Estado Colombiano, se busca privilegiar principios de control y vigilancia fiscal, como los referidos al efecto disuasivo, eficacia, eficiencia y oportunidad [...]».

21. De esa manera, los artículos en comento fueron analizados por la Comisión de Conciliación del proyecto de ley de reforma al CPACA (hoy L. 2080), la cual se limitó a señalar que acogía el texto propuesto en la Cámara de Representantes, dado que existía «la necesidad de aclarar el trámite judicial del control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal»³⁶.

22. En resumen, el texto legislativo aprobado se transcribe a continuación:

«[...] **Artículo 23.** Adiciónese el artículo 136A a la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 136A. Control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal. Los fallos con responsabilidad fiscal tendrán control automático e integral de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejercido por salas especiales conformadas por el Consejo de Estado cuando sean expedidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República, o por los Tribunales Administrativos cuando emanen de las contralorías territoriales.

Para el efecto, el fallo con responsabilidad fiscal y el antecedente administrativo que lo contiene, serán remitidos en su integridad a la secretaría del respectivo despacho judicial para su reparto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza del acto definitivo.

[...]

³⁵ Proyecto de Ley n.º 007 de 2019 Senado y n.º 364 de 2020 Cámara. Ver Gaceta del Congreso n.º 979 del 24 de septiembre de 2020, p. 14.

³⁶ Proyecto de Ley n.º 007 de 2019 Senado y n.º 364 de 2020 Cámara. Ver Gaceta del Congreso n.º 1491 del 14 de diciembre de 2020, p. 7.



Artículo 45. Adiciónese el artículo 185A a la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 185A. Trámite del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal. Recibido el fallo con responsabilidad fiscal y el respectivo expediente administrativo, se surtirá lo siguiente:

1. Mediante auto no susceptible de recurso, el magistrado ponente admitirá el trámite correspondiente, en el que dispondrá que se fije en la secretaría un aviso sobre la existencia del proceso por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo, así mismo en el auto admisorio se correrá traslado al Ministerio Público para que rinda concepto dentro del mismo término; se ordenará la publicación de un aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; así como la notificación al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto, a quien según el acto materia de control, hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable y al órgano de control fiscal correspondiente.

2. Cuando lo considere necesario para adoptar decisión, podrá decretar las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.

3. Vencido el término de traslado o el periodo probatorio cuando a ello hubiere lugar, el magistrado ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia.

4. La sala de decisión proferirá sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes al registro del proyecto de fallo, que incluirá, entre otros, el control de legalidad sobre la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales la cual se entenderá suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva. Si encontrare que se configuró alguna de las causales de nulidad previstas por el artículo 137, así lo declarará y adoptará las demás decisiones que en derecho correspondan. La sentencia proferida en ejercicio del control automático se notificará personalmente a la contraloría, a quien hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable, y al Ministerio Público, al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto; y por anotación en el estado, a los demás intervinientes y será susceptible de recurso de apelación que será decidido por salas especiales conformadas por la corporación competente, en caso de que el fallo de primera instancia sea proferido por el Consejo de Estado la apelación será resuelta por una sala especial diferente a aquella que tomó la decisión. La sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes* y se notificará en la forma dispuesta en el presente numeral».

23. Sobre lo anterior, es importante resaltar que los artículos 88 a 91 del texto conciliado del proyecto de ley estatutaria «por medio del cual se modifica la Ley 270 de



1996 - Estatutaria de la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones»³⁷, se prevé la derogación expresa del artículo 136A del CPACA y la terminación de los controles automáticos de legalidad que se encuentren en trámite a la fecha en que entre en vigor dicha ley, para lo cual, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se contará a partir de la notificación de la decisión de declarar terminado el proceso. Del mismo modo, se dispone la modificación del artículo 185A *ibidem* para regular el trámite abreviado del anterior medio de control en contra de decisiones con responsabilidad fiscal, la adición del artículo 185B a la codificación en comento para consagrar un incidente de declaración judicial de inhabilidad para ocupar cargos de elección popular, y la adición de un tercer párrafo a los artículos 38 de la Ley 734 de 2002 y 42 de la Ley 1952 de 2019, que establece que la inhabilidad que se deriva de ser declarado responsable fiscalmente y no haber pagado la condena, no aplicará a los cargos de elección popular, y que esta solo podrá ser aplicada por decisión judicial de acuerdo con los artículos 185A y 185B del CPACA antes referidos.

iv. Análisis del caso concreto

- ***Sobre la procedencia de aplicar la excepción de inconstitucionalidad***

24. La CGR sustentó el recurso contra el auto impugnado con el argumento de que no era procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que el control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal tiene fundamento directo en el artículo 267 de la Constitución y porque esta es una función que le compete exclusivamente a la Corte Constitucional. En ese sentido, aseguró que en este asunto lo que se aplicó fue una excepción de ilegalidad frente a una norma constitucional. Al respecto, esta Sala estima que no le asiste razón a la entidad apelante, en la medida en que no es cierto que el medio de control en estudio tenga sustento inmediato en el precepto constitucional antes referido, pues este, frente al tema, se limita a señalar lo siguiente: «El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas

³⁷ Proyecto de Ley Estatutaria n.º 475 de 2021 Senado y 295 de 2020 Cámara, acumulado con el Proyecto de Ley Estatutaria n.º 430 de 2020 Cámara y n.º 468 de 2020 Cámara. Ver Gaceta del Congreso n.º 665 del 16 de junio de 2021, pp. 50-51. NOTA: Por tratarse de una ley estatutaria (art. 152, superior), a la fecha de esta providencia se encuentra bajo examen de la Corte Constitucional en uso de la competencia del control jurisdiccional, automático, previo, integral y definitivo.



y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley».

25. De esa manera, tal y como lo señaló el consejero ponente del auto impugnado, de esa disposición constitucional no se desprende necesariamente que el control jurisdiccional de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal deba ser automático y oficioso, tal y como fue configurado legislativamente el medio de control que se analiza, pues este precepto, a lo único que se refiere, es a que el examen de legalidad de esos actos administrativos debe surtirse mediante un proceso con etapas y términos especiales, cuyo trámite no puede ser superior a un año según los parámetros que determine la ley, y que su finalidad es garantizar la recuperación oportuna del recurso público.

26. En efecto, basta con recordar que el ya derogado artículo 148A del CPACA, que fue introducido en esa codificación por el artículo 152 del Decreto Ley 403 de 2020, **el cual desarrolló el Acto Legislativo 04 de 2019 y, por ende, el artículo 267 de la Carta que fue modificado por este**, preceptuaba únicamente que el control jurisdiccional de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal tendría un trámite preferencial respecto de otros procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que su decisión, incluida la segunda instancia, no podía demorar más de un año. De lo anterior no puede deducirse que el control jurisdiccional debía ser oficioso, automático y sumario, tal y como quedó consagrado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. Además, como ya se advirtió, en el proyecto de ley de reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia se modifica el artículo 185A del CPACA, para disponer un trámite abreviado del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se trate de demandas en contra de los actos administrativos de carácter particular de los que aquí se estudian, lo cual, *prima facie*, también constituye una de las múltiples posibilidades de desarrollo legal del artículo 267 de la Constitución. En conclusión: No tiene razón la CGR cuando insiste en que el «control automático» regulado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 es una consecuencia ineludible del texto constitucional consagrado en el Acto Legislativo 04 de 2019.

27. Así, es posible constatar que las normas que se inaplicaron en el auto recurrido fueron los artículos 23 y 45 de la Ley 2080, que tienen rango legal, y que, por ello, de acuerdo con las consideraciones previamente enunciadas, pueden



dejarse de aplicar en casos concretos en virtud del control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces de la República. En ese sentido, para inaplicar esas disposiciones legislativas no era necesario, como lo aseguró la CGR, acudir al control concentrado que le compete a la Corte Constitucional, y tampoco puede afirmarse que se haya aplicado la excepción de ilegalidad, puesto que esas disposiciones no provienen de un acto administrativo, que es la clase de norma frente a la cual procede esta figura, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 148 del CPACA.

28. Establecido lo anterior, esta Sala entrará a resolver el fondo del auto apelado, esto es, la incompatibilidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 con las normas superiores

- ***Respecto de la incompatibilidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 con las normas constitucionales y convencionales que deben observar***

29. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que la providencia impugnada debe confirmarse, toda vez que, considera que en el caso concreto, la aplicación del medio de control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, regulados en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, es incompatible con los artículos 29, 229 y 238 de la Constitución y, como consecuencia de lo anterior, también riñe con el artículo 13 *ibidem*. Asimismo, con los artículos 2.º, 8.1, 23.2, 24 y 25.1 de la CADH, y con la sentencia de la Corte IDH del caso Petro Urrego vs Colombia del 8 de julio de 2020. Esto, de acuerdo con los siguientes argumentos:

a. Incompatibilidad con los artículos 29 de la Constitución y 8.1 de la CADH

30. El artículo 29 de la Constitución Política prevé que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y que dentro de los derechos que componen esta garantía se encuentra el de la defensa, en virtud del cual las personas tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. En igual sentido, el artículo 8.1 de la CADH consagra que «toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y



dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

31. Por su parte, el numeral 2.º del artículo 45 de la Ley 2080 de 2021 regula que el magistrado ponente del control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal «cuando lo considere necesario para adoptar decisión, podrá decretar las pruebas que estime conducentes», y el numeral 3.º *ibidem* señala que «vencido el término de traslado o el período probatorio, cuando a ello hubiere lugar, el magistrado ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia».

32. De la comparación entre el texto de la disposición constitucional sobre el derecho fundamental al debido proceso, la convencional sobre las garantías judiciales, y el régimen probatorio en el trámite del control automático de legalidad, es posible observar que los numerales 2.º y 3.º del artículo 45 de la Ley 2080 violan ostensiblemente lo relativo al derecho a la prueba y a su contradicción, lo cual se enmarca dentro de las debidas garantías judiciales de la CADH, **toda vez que esta prerrogativa queda dependiendo de la decisión discrecional del juez de este medio de control**, pues de la redacción de los preceptos legales en comento se entiende que el responsable fiscal no tiene la posibilidad real de solicitar y allegar pruebas, y tampoco puede controvertir la decisión que adopte el magistrado ponente sobre la necesidad de tener un período probatorio o de pronunciarse en alegatos de conclusión acerca de las pruebas que efectivamente se practiquen, lo cual restringe su derecho a la defensa, que es parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso.

33. Así, esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que la redacción de los numerales 2.º y 3.º del artículo 45 de la Ley 2080 no permite una interpretación diferente a la que indica que el decreto y práctica de pruebas en el control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal es una facultad exclusivamente discrecional del magistrado ponente del proceso, razón por la cual, en lo relativo a esta cuestión, están cumplidos los requisitos para exceptuar su aplicación en ejercicio de los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad.



b. Incompatibilidad con los artículos 229 y 90 de la Constitución y 25.1 de la CADH

34. El artículo 229 de la Constitución dispone que en nuestro ordenamiento jurídico se garantiza el derecho que toda persona tiene para acceder a la administración de justicia. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este derecho «no solamente es poner en movimiento el aparato jurisdiccional, a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal, sino en que se surtan los trámites propios del respectivo proceso, **se dicte sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda** y que ésta sea efectivamente cumplida»³⁸.

35. Así, esta Sala considera que la regulación legal del medio de control en estudio es incompatible con el artículo 229 de la Carta, en la medida en que, a quien es declarado fiscalmente responsable, se le da un tratamiento de mero interviniente en un proceso en el que se discute acerca de un asunto que incumbe a sus derechos subjetivos, pues el fallo con responsabilidad fiscal es un acto administrativo de carácter particular³⁹, en el que se establece la obligación de pagar una suma líquida de dinero⁴⁰, y que por sí solo presta mérito ejecutivo⁴¹.

36. De esta manera, al ser tratado como un mero interviniente, **al responsable fiscal no se le da la oportunidad de formular pretensiones que deban abordarse necesariamente en la sentencia que decida el medio de control en virtud del deber de congruencia que se debe seguir en esta materia**, frente a cuestiones relacionadas, por ejemplo, con el restablecimiento de sus derechos y la reparación del daño que se le hubiere podido causar con el acto administrativo que

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-799 de 2011.

³⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de octubre de 2019, rad. 85001 23 33 000 2017 0012901.

⁴⁰ L. 610/2000, art. 53: «Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa [...] del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable».

⁴¹ L. 610/2000, art. 58: «Mérito ejecutivo. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías».



se demuestre ilegal, **lo cual es un imperativo constitucional de conformidad con el artículo 90 Superior**⁴².

37. Así, la satisfacción de estos derechos queda también a la discrecionalidad de la sala especial de decisión o del tribunal que conozca del control automático de legalidad, puesto que, según el numeral 4.º del artículo 45 de la Ley 2080, el juzgador solo se pronunciará sobre las causales de nulidad del acto administrativo (art. 137 del CPACA) cuando se profiera sentencia, sin dar oportunidad de fijar el litigio que declare los hechos probados y la debida sustentación de la posible causal de nulidad. Tampoco resulta evidente que la expresión «las demás decisiones que en derecho correspondan» de manera clara habilite al juzgador para la reparación integral del daño derivado del acto judicialmente anulado que declaró la responsabilidad fiscal, puesto que tampoco se brinda la oportunidad procesal para solicitar las pruebas relacionadas con el monto de los perjuicios, si ello fuere necesario.

38. A lo anterior, se suma que «la sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*», lo cual, es propio de los procesos contenciosos de legalidad objetiva de actos administrativos de carácter general y no de los de carácter particular. Tradicionalmente se ha controvertido la legalidad de estos actos de responsabilidad fiscal con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que tiene efectos *inter-partes*.

39. Ahora bien, es necesario precisar que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un control inmediato de legalidad pero respecto de las **medidas de carácter general** proferidas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos proferidos en los estados de excepción⁴³, el cual permite que el juzgador revise estos actos de forma automática y oficiosa, lo cual tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en el principio de separación de funciones entre las ramas y órganos del poder público. Este especialísimo medio de control inmediato de legalidad tiene por finalidad hacer prevalecer la Constitución, los derechos fundamentales y los derechos humanos en momentos de emergencia, conmoción interior o guerra exterior. Además, se justifica en la medida que es un juicio de legalidad sobre actos

⁴² CP, art. 90: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas [...]».

⁴³ El cual está regulado en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y los artículos 136 y 185 del CPACA.



generales que involucran intereses de toda la comunidad. En todo caso, el Consejo de Estado ha dejado sentado que la sentencia que decide el medio de control inmediato de legalidad tiene el carácter de cosa juzgada relativa, bajo el entendido de que el carácter oficioso no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción de la medida de carácter general con las normas que le son superiores y, por ello, en el futuro puede ser demandada por cualquier persona en ejercicio de los medios ordinarios como la nulidad simple, con la salvedad de que los reproches deben versar sobre cuestiones distintas a las que se analizaron en el control inmediato⁴⁴. Desde esta perspectiva garantista del control de legalidad, no existe similitud con el denominado «control automático» puesto que **esta eventualidad ni siquiera es contemplada en la regulación del control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, cuya sentencia tiene efectos *erga omnes*, lo cual también impide el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia.**

40. Esta situación también se ve reflejada en la violación de las obligaciones internacionales del Estado colombiano frente a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 25.1 de la CADH, que consagra que «toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso **efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». Ahora bien, contrario a ello, la regulación legal del control automático en comento **no ofrece efectividad respecto del eventual restablecimiento de los derechos del declarado fiscalmente responsable y la reparación integral del daño que se le haya causado con ocasión del acto administrativo, en caso de anulación judicial de este último.**

41. Así pues, la Sala considera que el medio de control que se analiza es incompatible con los artículos 229 y 90 de la Constitución, y con el artículo 25.1 de la CADH, por lo que en este aspecto también está justificada la inaplicación de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 en virtud del control difuso de constitucionalidad.

⁴⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, rad. 11001-03-15-000-2010-00196-00(CA).



c. Incompatibilidad con el artículo 238 de la Constitución

42. El artículo 238 de la Constitución⁴⁵ autoriza la suspensión de los efectos de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso de lo contencioso administrativo. Dicha norma constitucional se encuentra regulada en el artículo 229 del CPACA⁴⁶, lo cual es una valiosa garantía procesal de la tutela judicial efectiva, que está vedada para el que ha sido declarado fiscalmente responsable porque en las normas aquí cuestionadas, le da el tratamiento de mero interviniente y no se constituye como parte en el proceso, razón por la cual, de acuerdo con la ley a la que remite la disposición constitucional, no está legitimado para pedir la suspensión de los efectos del acto administrativo que declaró su responsabilidad, los cuales no se reducen únicamente a la inscripción en el Boletín de Responsables Fiscales, sino que, como ya se tuvo la oportunidad de mencionar, también comprende la obligación perentoria de pagar una suma de dinero, la cual presta mérito ejecutivo.

43. En esa ilación, no es posible interpretar las reglas relativas a las medidas cautelares en el sentido de entender que en estos casos es posible que el juez de lo contencioso administrativo las declare de oficio, toda vez que, de acuerdo con el párrafo del artículo 229 del CPACA antes mencionado, esta facultad solo es procedente «en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos», lo cual es ajeno a los derechos individuales o subjetivos que conciernen a la declaración de responsabilidad fiscal mediante un acto administrativo de carácter particular.

44. En síntesis, dado que en esta materia los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 no permiten una interpretación conforme con el artículo 238 de la Constitución, aquí se estima que también están reunidos los presupuestos para hacer prevalecer la norma de normas mediante la excepción de inconstitucionalidad.

⁴⁵ Constitución Política de Colombia, Artículo 228: «la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial».

⁴⁶ CPACA, «[...] artículo 229: en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]».



d. Incompatibilidad con los artículos 13 de la Constitución y 24 de la CADH

45. El primer inciso del artículo 13 de la Constitución regula el derecho fundamental a la igualdad, al indicar que «todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades». En el mismo sentido el artículo 24 de la CADH dispone que «todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». Así, de conformidad con lo que previamente se ha advertido, la Sala Plena considera que la regulación prevista en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 es incompatible con los preceptos que se acaban de referir, en la medida en que el sujeto declarado como responsable fiscal, mediante un acto administrativo de carácter particular, ve restringidas sus garantías en comparación con las que tienen las personas en otros ámbitos de la responsabilidad administrativa, quienes pueden acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para hacer valer sus derechos e intereses individuales.

46. En ese sentido, no se justifica un trato desigual respecto de las personas que han sido declaradas fiscalmente responsables puesto que disminuye notoriamente la protección de los derechos y las garantías procesales. Obsérvese que las normas aquí cuestionadas someten a estas personas a un juicio sumario, con un grave desequilibrio procesal, el cual se hace más evidente ante el potencial de un número indeterminado de intervinientes, lo que llevaría hasta el absurdo de tener que defenderse de todo y contra todos.

47. Lo anterior, muy lejos de los altos estándares que legal y jurisprudencialmente han estado garantizados por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que el debate judicial es entre las partes directamente interesadas en el acto administrativo, con etapas procesales debidamente reguladas, fijación del litigio, oportunidad de alegaciones con todos los elementos de juicio disponibles y la sentencia que en derecho corresponda.

48. De esta manera, por la violación del derecho a la igualdad, también está justificada la decisión de inaplicar los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.



e. Incompatibilidad con lo ordenado en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte IDH y el artículo 23.2 de la CADH

49. La CGR en el recurso de alzada asegura que los artículos 23 y 45 de la ley 2080 tiene como principal objetivo cumplir lo ordenado por la Corte IDH en la sentencia del 8 de julio de 2020 en el caso Petro Urrego vs Colombia, en el cual se declaró la responsabilidad del Estado colombiano por violar el artículo 23.2 de la CADH en la que ordenó, como garantía de no repetición, adecuar el ordenamiento jurídico bajo la consideración de que «las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención», y que «el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38, fracción 4, del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento».

50. En respuesta al anterior argumento de la CGR, la Sala Plena del Consejo de Estado considera que los referidos artículos 23 y 45 de la Ley 2080 no cumplen en estricto sentido la parte motiva y resolutive de la sentencia de la Corte IDH⁴⁷, por las siguientes razones:

- (i) La sentencia de la Corte IDH afirma que la interpretación del artículo 23.2 de la CADH debe ser literal y reitera que la norma es clara en el sentido de que ningún órgano administrativo tiene competencia para «[...] aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido:[...]»

⁴⁷ Cita textual del párrafo 96 de la sentencia Corte IDH, Caso Petro Urrego vs Colombia, del 8 de julio de 2020, serie c, n.º 406, párr. 96, p. 35. «[...] 96. La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores [...]».



- (ii) Considera que la inhabilitación o restricción de derechos políticos debe ser un acto jurisdiccional, es decir, una sentencia y por tanto es competencia exclusiva del juez competente «[...] en el correspondiente proceso penal [...]».
- (iii) Las razones explicativas y justificativas de la sentencia de la Corte IDH permiten concluir que el control de legalidad posterior hecho por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque se denomine automático, no legitima, avala, o sana la absoluta ausencia de competencia de la autoridad administrativa para restringir o inhabilitar políticamente a una persona por supuesta o real conducta socialmente reprochable.
- (iv) En conclusión: Los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 no interpretan en sentido estricto lo analizado y ordenado en la sentencia de la Corte IDH, del 8 de julio de 2020, caso Petro Urrego vs. Colombia, ni cumplen con los parámetros convencionales.

EL CONSEJO DE ESTADO REITERA.

51. Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado considera que es necesario y oportuno reiterar ante los organismos del sistema interamericano lo expuesto en la sentencia del 15 de noviembre de 2017, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ) y ponencia de César Palomino Cortés, que anuló el acto administrativo de carácter disciplinario proferido por la Procuraduría General de la Nación mediante el cual sancionó con destitución e inhabilitación general (derechos políticos) al entonces Alcalde Mayor de Bogotá por el término de 15 años⁴⁸.

⁴⁸ «[...] El control de convencionalidad que efectúa la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado [...] tampoco significan una interpretación restrictiva del artículo 23.2 Convencional frente a instituciones que están previstas en el ordenamiento interno colombiano, tanto a nivel constitucional como legal, como es la pérdida de la investidura de los miembros de corporaciones públicas elegidos popularmente, de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues se trata de una sanción declarada por una autoridad de naturaleza judicial, con la garantía del debido proceso y que restringe, de manera legítima, los derechos políticos de los elegidos popularmente y que, además, responde a los criterios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, tal como lo ha señalado la Corte IDH. La imposición de esta restricción de derechos políticos en un juicio de pérdida de investidura por una autoridad judicial diferente de la penal, bajo una interpretación en sentido amplio y actual, no es incompatible con el



52. En efecto, en la sentencia del 15 de noviembre de 2017 se advirtió que la hermenéutica del artículo 23.2 de la CADH no puede construirse desde la simple literalidad, que conduce a la limitada interpretación de que solo el «juez competente, en proceso penal» es el que tiene la atribución para restringir o inhabilitar los derechos políticos de quienes han sido elegidos popularmente.

53. Lo anterior se enuncia, porque es necesario advertir a la Corte Interamericana de Derecho Humanos que en la interpretación del artículo 23.2 de la CADH, se debe reconocer, valorar e integrar al sistema interamericano la existencia de jueces diferentes al derecho penal, que en forma especializada y altamente cualificada tienen como misión la lucha contra la corrupción, la protección y fortalecimiento de la democracia, razón por la cual también tienen competencias derivadas de la Constitución Política y la ley para restringir o inhabilitar políticamente a las personas que por conductas típicas y antijurídicas puedan ser declaradas responsables y en consecuencia sancionadas con el fin de preservar la sociedad y en particular la democracia.

54. Este es el caso del ordenamiento jurídico colombiano, el cual cuenta desde comienzos del siglo pasado, con una legítima, sólida y respetada jurisdicción de lo contencioso administrativo, conformada por jueces, magistrados de tribunales y del Consejo de Estado que se han caracterizado por su imparcialidad e independencia judicial; jurisdicción que está amparada por la autonomía de la Rama Judicial, la cual se ha fortalecido especialmente desde la Constitución Política de 1991.

55. Las anteriores premisas son básicas para afirmar categóricamente que las competencias conferidas por la Constitución Política y por la ley colombiana a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para adelantar los juicios de pérdida de investidura y el medio de control de nulidad electoral, que pueden implicar restricciones o inhabilidades políticas, sí cumplen a cabalidad con los estándares previstos internacionalmente en la aplicación del *ius puniendi*, puesto que se garantiza del debido proceso, esto es, el derecho de defensa, la controversia de las pruebas, las alegaciones oportunas antes de dictarse sentencia, y finalmente se

artículo 23.2 Convencional, como lo señaló el juez Diego García - Sayán en el voto concurrente razonado, plasmado en la sentencia de la Corte IDH, caso López Mendoza vs. Venezuela, del 1 de septiembre del 2011, que la Sala Plena de esta Corporación comparte. [...]»



profiere la sentencia de fondo por un juez colegiado, contra la cual proceden los recursos ordinarios y extraordinarios de ley, lo cual garantiza la doble instancia.

56. En Colombia, el juicio de pérdida de investidura es una acción pública, que como lo indica la Ley 1881 del 2018, es un proceso sancionatorio de responsabilidad subjetiva, lo cual implica que con la garantía del debido proceso la acción se ejercerá en contra de los congresistas, concejales o diputados que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución Política.

57. En igual sentido, la Constitución Política y la ley otorgan al juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para tramitar la acción pública del medio de control de nulidad electoral, cuyo ejercicio exige de cargas procesales al demandante, toda vez que en algunos asuntos la demanda debe dirigirse contra el acto de elección y los actos previos que resuelven las reclamaciones o irregularidades planteadas frente a la votación o los escrutinios y, el sustento de la anulación puede versar en las causales generales de todos los actos administrativos (artículo 137 del CPACA), en las específicas de los actos de elección previstas en el artículo 275 del CPACA, o en unas y otras⁴⁹.

58. En el mismo sentido, es importante recordar que en la multicitada sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2017 se citó de manera explícita el voto concurrente razonado del entonces juez de la Corte IDH Diego García-Sayán, en el caso López Mendoza vs Venezuela, sentencia del 1 de septiembre de 2011, serie c n.º 233. Por ello, hoy se evocan de nuevo los referidos párrafos porque evidentemente este ponderado criterio es el que mejor interpreta la particularidad del ordenamiento jurídico colombiano. Veamos:

«[...] 16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término “exclusivamente” contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo que el concepto “condena,

⁴⁹ Ver sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, proferida el 14 de marzo de 2019, radicación número 11001-03-28-000-2018-00051-00.



por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.

17. A la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del artículo 23.2 y en atención al carácter vivo de la Convención, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones contemporáneas de la evolución institucional, lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en sentido amplio, y no restringida a un juez penal. En este caso la sanción no la impuso una autoridad judicial [...]»:

EL TÉRMINO DE CADUCIDAD

59. En todo caso, partiendo de la base de que el fallo de responsabilidad fiscal es un acto administrativo de contenido particular y concreto, el cual puede ser demandado por quienes gocen de legitimación en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y que este está sujeto al término de caducidad de cuatro meses previsto en el numeral 2.º del artículo 164 del CPACA, la Sala Plena decidirá en la parte resolutive de esta providencia que frente a los actos de este tipo que han sido proferidos durante la vigencia de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, el término para que opere la caducidad en esta materia solamente empezará a contar, en cada caso particular, a partir del momento en el que quede en firme el auto que decida declarar la excepción de inconstitucionalidad.

60. Por lo precedente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar los autos del 28 de abril y del 13 de mayo de 2021, proferidos en sala unitaria, en los que el ponente se abstuvo de conocer el control automático de legalidad del fallo con responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de diciembre de 2020, expedido por la Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, y no repuso dicha decisión, respectivamente.



Radicado: 11001031500020210117501
Asunto: Control automático de legalidad del fallo con
responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de diciembre de 2020

SEGUNDO: Disponer que el término para que opere la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento que procede contra actos administrativos que declararon la responsabilidad fiscal que han sido proferidos durante la vigencia de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, solamente empezará a contar a partir del momento en el que quede en firme el presente auto.

TERCERO: Por Secretaría general, **regresar** el expediente al *a quo* para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO
Presidente
(Aclaración de voto)

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ
(Impedido)

ROCÍO ARAUJO OÑATE
(Impedida)

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
(Separado del conocimiento del asunto por
pertenecer a la SED n.º 7)

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
(Separado del conocimiento del asunto por
pertenecer a la SED n.º 7)

MILTON CHAVES GARCÍA
(Impedido)

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
(Aclaración de voto)

ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS (E)
(Aclaración de voto)

SANDRA LISSETH IBARRA VÉLEZ
(salvamento de voto)



Radicado: 11001031500020210117501
Asunto: Control automático de legalidad del fallo con
responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de diciembre de 2020

MARÍA ADRIANA MARÍN

ALBERTO MONTAÑA PLATA

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

CARMELO PÉRDOMO CUÉTER
(Separado del conocimiento del asunto por
pertenecer a la SED n.º 7)

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
(Separado del conocimiento del asunto por
pertenecer a la SED n.º 7)

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
(aclaración de voto)

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
(Impedido)

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
(Aclaración de voto)

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
(Impedido)

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NICOLÁS YEPES CORRALES
(Impedido)

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>, en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

