

AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / 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 / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO – Caducidad / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COLOMBIANO – Características generales / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD – Concentrado y difuso

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 mixto, porque combina, por un lado, un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en el que estos órganos judiciales pueden, respectivamente, declarar inexequibles o anular normas de rango legal o reglamentario 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. [...] 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 excepción, 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 inconstitucionalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 4 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 23 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45

EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD – Componente del control de constitucionalidad / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / ACEPCIONES DEL CONSTROL DE CONSTITUCIONALIDAD – Estricta (strictu sensu) y amplia (lato sensu) / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – Concentrado y difuso

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 1991. [...] 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». 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». [...] 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 1969, se ha introducido en

nuestro sistema jurídico el denominado control de convencionalidad, concepto desarrollado por la Corte IDH el cual quedó resumido en las consideraciones la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. [...] 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», lo cual se fundamenta en los principios del efecto útil de la CADH y del principio pacta sunt servanda, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, e igualmente en los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1 y 2.º 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 material) o por la aplicación del control difuso de convencionalidad en la solución de casos concretos. [...] 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 IDH, 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 norma. Por otro lado, el difuso, es el que deben hacer todos los jueces y autoridades cobijadas por la CADH, cuando inaplican en casos concretos normas nacionales por ser contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 93 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 268 / ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 152 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 136A / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 148A / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 185A / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 87 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 23 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45 /

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de «control de convencionalidad», ver: 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.

NOTA DE RELATORÍA: La decisión expone los «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».

LOS ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 – Tienen rango legal / CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD – Ejercido por los jueces de la República / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

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.

FUENTE FORMAL: LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 23 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 148

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con los artículos 29 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) / DEBIDO PROCESO / DERECHO A LA PRUEBA / DERECHO DE CONTRADICCIÓN / DERECHO A LA DEFENSA / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

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 periodo 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. [...] 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 8.1 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45 NUMERAL 2 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45 NUMERAL 3

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con los artículos 229 de la Constitución Política y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) / FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL – Acto administrativo de carácter particular / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

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 particular, en el que se establece la obligación de

pagar una suma líquida de dinero , y que por sí solo presta mérito ejecutivo. [...] 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 se demuestre ilegal, lo cual es un imperativo constitucional de conformidad con el artículo 90 Superior. [...] 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. [...] 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 inmediato . 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. [...] 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 229 / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 25.1

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con el artículo 238 de la Constitución Política / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

El artículo 238 de la Constitución 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 CPACA , 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. [...] 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. [...] 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 23 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45

CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con el artículo 13 de la Constitución Política / DERECHO A LA IGUALDAD / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

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. [...] 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 23 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con lo ordenado en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

[L] 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 IDH, 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:[...] (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.

FUENTE FORMAL: LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 23 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45 / CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 23.2

JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Competente para adelantar juicios que pueden implicar restricciones o inhabilidades políticas

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. [...] Lo anterior se enuncia, porque es necesario advertir a la Corte Interamericana de Derechos 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. [...] 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 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.

FUENTE FORMAL: CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 23.2

NOTA DE RELATORÍA: En la decisión se reitera «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 inhabilidad general (derechos políticos) al entonces Alcalde Mayor de Bogotá por el término de 15 años».

FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Acto administrativo de contenido particular y concreto / FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Puede ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Caducidad

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.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 NUMERAL 2 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 23 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 45

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU)

Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA DELEGADA PARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN JUDICIAL Y COBRO COACTIVO

Demandado: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 8 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020

Referencia: CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

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 jurisprudencial¹, por importancia jurídica, el recurso de apelación presentado por la Contraloría General de la República (CGR)² 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

¹ 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 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.

² En adelante CGR

patrimonio público³. 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.

- 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 2080⁴

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 CPACA⁵, 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

³ 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).

⁴ Auto de ponente del 28 de abril de 2021.

⁵ Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. En adelante CPACA.

también 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 Humanos⁶ 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 al 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.

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

6. El magistrado ponente⁷ 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

⁶ En adelante Corte IDH.

⁷ Auto del 13 de mayo de 2021.

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 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 instancia⁸.

⁸ **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

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.

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 mixto⁹, porque combina, por un lado, un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado¹⁰, en el que estos órganos judiciales pueden, respectivamente, declarar inexequibles o anular normas de rango legal o reglamentario¹¹ 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 excepción¹², 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

la cual provino el auto impugnado, a saber: los doctores Martín Bermúdez Muñoz, Oswaldo Giraldo López, Carmelo Perdomo Cuéter y Julio Roberto Piza Rodríguez.

⁹ 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>).

¹⁰ 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».

¹¹ 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.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011.

Carta Política, será procedente dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad¹³.

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 1991¹⁴.

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»¹⁵. 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»¹⁶.

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 1969¹⁷, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el denominado control de convencionalidad¹⁸, concepto desarrollado por la Corte IDH el cual quedó resumido en las consideraciones la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile¹⁹. 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

¹³ Cfr. MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, «La excepción de inconstitucionalidad como instrumento de constitucionalización del Derecho administrativo», en: *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 315.

¹⁴ 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 [...]».

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2015.

¹⁷ 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.

¹⁸ «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.

¹⁹ 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.

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»²⁰, lo cual se fundamenta en los principios del efecto útil de la CADH²¹ y del principio *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²², e igualmente en los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1²³ y 2.º²⁴ 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 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 IDH²⁵, 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 norma²⁶⁻²⁷. Por otro lado, el difuso, es el que deben hacer todos los jueces y autoridades²⁸ cobijadas por la CADH, cuando inaplican en casos concretos

²⁰ 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>.

²¹ 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.

²² Según el cual «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

²³ 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».

²⁴ 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».

²⁵ 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.

²⁶ *Ibidem*, p. 54.

²⁷ 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.

²⁸ «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,

normas nacionales por ser contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos²⁹.

16. De esta manera, la doctrina del control de convencionalidad se ha consolidado en la jurisprudencia constitucional³⁰ 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 CADH³¹ 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 fiscal³².

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.

²⁹ Cfr. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, *El control de convencionalidad*, 3.ª ed., Bogotá: Temis, 2017, pp. 109-110.

³⁰ 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.

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 110010325000201400360 00 (1131-2014).

³² 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.

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 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 instauran 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 2021³³, 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 referidas a la introducción de estas normas en el proyecto de ley, solo se dijo lo siguiente³⁴:

«[...] 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 [...]».

³³ 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).

³⁴ 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.

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»³⁵.

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.

[...]

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

³⁵ 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.

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»³⁶, 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,

³⁶ 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.

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 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 periodo 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»³⁷.

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 particular³⁸, en el que se establece la obligación de pagar una suma líquida de dinero³⁹, y que por sí solo presta mérito ejecutivo⁴⁰.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-799 de 2011.

³⁸ 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.

³⁹ 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».

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 se demuestre ilegal, **lo cual es un imperativo constitucional de conformidad con el artículo 90 Superior**⁴¹.

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 excepción⁴², 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 generales que involucran intereses de toda la comunidad. En todo caso, el

⁴⁰ 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».

⁴¹ 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 [...]».

⁴² El cual está regulado en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y los artículos 136 y 185 del CPACA.

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 inmediato⁴³. 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.

c. Incompatibilidad con el artículo 238 de la Constitución

42. El artículo 238 de la Constitución⁴⁴ 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 CPACA⁴⁵, lo cual es una valiosa garantía procesal de la tutela judicial

⁴³ 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).

⁴⁴ 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».

⁴⁵ 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 [...]».

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.

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 artículo 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 IDH⁴⁶, 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

⁴⁶ 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 [...]».

- «[...] 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:[...]
- (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) La 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 años⁴⁷.

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

⁴⁷ «[...] 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 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. [...]»

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 el debido proceso, esto es, el derecho de defensa, la controversia de las pruebas, las alegaciones oportunas antes de dictarse sentencia, y finalmente se 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 culpable, 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 otras⁴⁸.

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, 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,

⁴⁸ 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.

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.

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)
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.



SALVAMENTO DE VOTO / CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA RESPONSABILIDAD FISCAL – No vulnera derechos constitucionales, ni los principios de eficiencia, eficacia, buena fe, imparcialidad y transparencia

En esta oportunidad, no obstante reconocer el esfuerzo orientado a prosperar derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la justicia, para este caso en concreto difiero de la decisión, pues, el análisis de las disposiciones normativas inaplicadas, referentes al control automático de fallos con responsabilidad fiscal, me permite concluir que, por el contrario, este proceso garantiza los referidos derechos constitucionales, así como los principios de eficiencia, eficacia, buena fe, imparcialidad y transparencia, por los siguientes motivos: PRIMERO.- No se desconocen las garantías del debido proceso contenidas en los artículos 29 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana, porque la notificación personal de los sujetos del proceso fiscal tiene el propósito garantizar el derecho de contradicción y defensa. [...] SEGUNDO.- Al ser un trámite preferencial respecto de los demás medios de control que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, garantiza el acceso a la administración de justicia de los presuntos responsables fiscales y terceros civilmente responsables de forma expedita. [...] TERCERO.- Al tratarse de un

control integral de legalidad, los efectos erga omnes de la sentencia no impiden el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia. [...] CUARTO.- El decreto de medidas cautelares en el marco del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal carece de sentido, porque el acto administrativo controlado materialmente no genera efectos. [...] QUINTO.- La implementación del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal no desconoce el derecho a la igualdad previsto en los artículos 13 de la Constitución y 24 de la CADH. [...] SEXTO.- No se presenta una 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, porque no se limitan los derechos políticos de los presuntos responsables fiscales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA SANDRA LISSET IBARRA
VÉLEZ**

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU)

**Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA
DELEGADA PARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN
JUDICIAL Y COBRO COACTIVO**

**Demandado: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 8 DEL 18 DE
DICIEMBRE DE 2020**

1. Con el respeto acostumbrado a las decisiones mayoritarias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a continuación expongo las razones de mi salvamento de voto, en relación con lo resuelto en el auto de unificación de 29 de junio de 2021, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁴⁹ en el proceso de la referencia, en el que se ordenó (i) *«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»* en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad; y (ii) señaló la forma en que se debía contar el término para que opere la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los fallos con responsabilidad fiscal que hayan sido proferidos durante la vigencia del control inmediato de legalidad.

i. El auto de unificación

⁴⁹ C.P. Dr. William Hernández Gómez

2. El auto interlocutorio que se llevó a Sala confirma las decisiones de los autos del 28 de abril y del 13 de mayo de 2021, proferidos, en sala unitaria, por el consejero de Estado Dr. Martín Bermúdez Muñoz, de la Sala Especial de Decisión Nro. 7, consistentes en inaplicar el medio de control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, regulado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, al considerar que es incompatible con los artículos 13, 29, 229 y 238 de la Constitución Política; 2.º, 8.1, 23.2, 24 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y con la sentencia de la Corte IDH del caso Petro Urrego vs Colombia del 8 de julio de 2020.
3. La ponencia pone de presente que la aplicación del proceso de control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal no garantiza el acceso a la justicia y vulnera los derechos a la igualdad y al debido proceso de quienes son declarados fiscalmente responsables, para lo cual expuso las razones que se señalan a continuación:
 - (i) Se explicó que la excepción de inconstitucionalidad se aplica respecto de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. Sobre el particular, se indicó que el uso de esta figura se hizo en virtud del control difuso de constitucionalidad del juez debido a la contradicción existente entre esa norma de rango legal y el texto constitucional.
 - (ii) Que el control automático de fallos con responsabilidad fiscal es incompatible con los artículos 29 de la Constitución y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente en lo relacionado con el derecho a la defensa del implicado y a presentar pruebas y contradecirlas, porque *«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 periodo probatorio o de pronunciarse en alegatos de conclusión acerca de las pruebas que efectivamente se practiquen»*.
 - (iii) Que el medio de control inaplicado desconoce los artículos 229⁵⁰ y 90⁵¹ de la Constitución Política, relacionados con los derechos de acceso a la justicia y a ser reparado por el Estado cuando este cause daños antijurídicos, porque al responsable fiscal 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. Así mismo, porque los efectos erga omnes de la sentencia impide el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia.
 - (iv) Sumado a lo anterior, señala que se da la vulneración del artículo 25.1 de la Convención relativo a la protección judicial de las personas para atacar por medios judiciales los actos que violen sus derechos fundamentales, al no permitírsele al implicado formular pretensiones de restablecimiento del derecho y/o la reparación del daño. Más aún porque la norma no habilita al juez para ordenar 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.

⁵⁰ Acceso a la administración de justicia

⁵¹ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas [...]

- (v) Se indica que el control automático es incompatible con el artículo 238⁵² de la Constitución, porque no prevé el decreto de medidas cautelares.
- (vi) Que se desconoce el derecho a la igualdad previsto en los artículos 13 de la Constitución y 24 de la CADH, 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.
- (vii) Por último, se alega que con la creación del medio de control automático de legalidad, no se da cumplimiento a lo ordenado en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -caso *Petro*- y el artículo 23.2 de la Convención, porque el proceso ante la jurisdicción contenciosa no sana la falta de competencia de la autoridad administrativa para imponer sanciones que impliquen restricciones al ejercicio de los derechos políticos.

ii. Razones para salvar el voto.

4. En esta oportunidad, no obstante reconocer el esfuerzo orientado a prosperar derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la justicia, para este caso en concreto difiero de la decisión, pues, el análisis de las disposiciones normativas inaplicadas, referentes al control automático de fallos con responsabilidad fiscal, me permite concluir que, por el contrario, este proceso garantiza los referidos derechos constitucionales, así como los principios de eficiencia, eficacia, buena fe, imparcialidad y transparencia, por los siguientes motivos:

PRIMERO.- No se desconocen las garantías del debido proceso contenidas en los artículos 29 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana, porque la notificación personal de los sujetos del proceso fiscal tiene el propósito garantizar el derecho de contradicción y defensa.

5. En el auto de unificación se afirma que el responsable fiscal no tiene la posibilidad real de solicitar y allegar pruebas, controvertir la decisión que adopte el magistrado ponente sobre la necesidad de tener un periodo probatorio o de pronunciarse en alegatos de conclusión acerca de las pruebas que efectivamente se practiquen, sin embargo en mi concepto, esa interpretación de las normas que regulan el control automático de los fallos con responsabilidad fiscal no es acertada, como procedo a explicar.
6. En virtud de la importancia del trámite de control automático de fallos con responsabilidad fiscal para la entidad que lo expidió y para el sancionado, el Legislador dispuso en el artículo 185A de la Ley 1437 de 2011, que en el auto que avoque conocimiento del asunto, se deberá ordenar 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, para que intervengan en el proceso en defensa o impugnación del fallo con

⁵² «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»

responsabilidad fiscal. Así las cosas, la notificación se deberá efectuar en los términos de los incisos 1° al 4° del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso que consagra la *«notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a las entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejercen funciones públicas y a particulares que deban ser inscritos en el registro mercantil»* así como en aplicación de las nuevas reglas procesales incorporadas a este trámite por la misma Ley 2080 de 2021.

7. En ese contexto, y teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto del control automático de legalidad es de naturaleza particular y concreta, y que el legislador no prohibió que el responsable fiscal o el tercero civilmente responsable al pronunciarse sobre la legalidad del acto aporte las pruebas que considere necesarias con su escrito de intervención, resulta jurídicamente razonable que estos, en el marco de su intervención en el trámite procesal para defender sus intereses, pidan y aporten pruebas, interpongan recursos, presenten recusaciones y ejerzan todos los mecanismos procesales previstos por el Legislador para los procesos ordinarios consagrados en la jurisdicción contencioso administrativa establecidos en el artículo 172⁵³ de la Ley 1437 de 2011.
8. De otro lado, en lo que respecta a la impugnación de autos interlocutorios, dado que la norma no indica o limita expresamente su procedencia *-salvo respecto del auto que avoca conocimiento-*, se debe entender que son aplicables las reglas generales de la Ley 1437 de 2011. *-art. 243-*. Aunado a ello, las normas que regulan el proceso determinan que las sentencias pueden ser apeladas, garantizando la doble instancia.
9. Por lo expuesto, considero que se en el trámite del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal se respeta el debido proceso de los implicados, pues se garantizan los derechos a la defensa y contradicción de las decisiones proferidas en el curso del proceso.

SEGUNDO.- Al ser un trámite preferencial respecto de los demás medios de control que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, garantiza el acceso a la administración de justicia de los presuntos responsables fiscales y terceros civilmente responsables de forma expedita.

10. En primer lugar, es importante destacar que este nuevo medio de control tiene como finalidad materializar el mandato constitucional introducido por el Constituyente en el Acto Legislativo 04 de 2019, por el cual se modificó el artículo 267 de la Constitución Política, que establece que *«[e]l 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. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley»*. Así es claro que el legislador, en desarrollo de dicho precepto constitucional, lo que hizo fue consagrar un único medio de control automático, expedito y de trámite preferencial, cuyo trámite no sea superior a un año, con el fin de garantizar la recuperación oportuna del recurso público.
11. Entonces, cómo se expondrá más adelante, al tratarse de un medio preferencial de consagración constitucional que busca la agilidad en el procedimiento, este debe prevalecer sobre los demás medios ordinarios,

⁵³ Traslado de la demanda.

evitando así revivir el debate de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal en múltiples instancias judiciales. Por lo tanto, contrario a lo afirmado en la ponencia de la que me aparto, no se desconoce el derecho de acceso a la justicia de los implicados, sino que, al contrario, se les garantiza que la jurisdicción contenciosa estudiará el acto administrativo por el cual se les adjudica la responsabilidad fiscal de forma preferente y dentro de unos términos muy cortos, que aseguren la celeridad del proceso.

12. De otro lado, se destaca que el hecho de que los fallos de responsabilidad fiscal sean objeto de control de legalidad únicamente a través del medio de control consagrado en el artículo 136A introducido por el artículo 23 de Ley 2080 de 2021, no desconoce el derecho de los responsables fiscales a que el Estado responda patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. Ello por cuanto, en virtud del control automático, el fallo con responsabilidad fiscal materialmente no genera efectos hasta que la jurisdicción se pronuncie sobre su legalidad.
13. Al respecto, se encuentra que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 sobre la firmeza de los actos administrativos, el fallo sometido al control automático por parte de la jurisdicción no podrá ser ejecutado hasta que se defina si está o no ajustado a derecho. Es decir, que no prestará mérito ejecutivo y además estará suspendida la inhabilidad derivada de la inclusión del responsable fiscal en el Boletín de Responsables Fiscales hasta que el juez competente emita sentencia.
14. En ese orden, es claro que mientras se tramite el proceso de control automático de legalidad, la obligación de pagar una suma líquida de dinero contenida en el fallo con responsabilidad no es exigible o ejecutable, como tampoco lo es la orden de inclusión del presunto responsable en el Boletín Fiscal. En consecuencia, no se limitan los derechos fundamentales del implicado, quien no deberá pagar la suma de dinero señalada en el fallo sometido a control y podrá seguir ocupando cargos públicos hasta que se emita sentencia definitiva en la causa judicial.
15. Por lo expuesto, reitero que en mi criterio, no se deniega el acceso a la justicia del responsable fiscal y de los terceros civilmente responsables, porque el medio de control automático de legalidad es un recurso sencillo, rápido y efectivo resuelto por los jueces o tribunales competentes, que busca garantizar que los actos de la administración no violen sus derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta que al tratarse de un acto administrativo que no es ejecutable hasta que se defina si se ajusta o no a derecho por parte de un juez, no se derivan daños que puedan ser imputables al Estado por su expedición y por ende, que sean pasibles de ser demandados a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

TERCERO.- Al tratarse de un control integral de legalidad, los efectos erga omnes de la sentencia no impiden el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia.

16. Como se indicó en líneas precedentes, el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal es un medio preferencial de consagración constitucional que busca garantizar una mayor celeridad al momento de definir si estas decisiones se ajustan o no al ordenamiento

jurídico y cuyo fin último es la protección del erario a través de la recuperación oportuna del recurso público.

17. Así las cosas, considero que es necesario que los fallos de responsabilidad fiscal sean controlados únicamente a través del medio de control de legalidad consagrado en el artículo 136A introducido por el artículo 23 de Ley 2080 de 2021, es una forma de garantizar la seguridad jurídica y la finalidad teleológica del proceso, toda vez que al permitir que sea controvertido a través de otros medios se dilataría el trámite y, además, se abriría la posibilidad de que se emitan decisiones judiciales contradictorias.
18. En efecto, se tiene que el carácter de cosa juzgada *erga omnes* otorgado por el legislador a la sentencia ejecutoriada que resuelva este proceso judicial, lo que busca es evitar que estas decisiones se controviertan a través de otro medio de control, verbigracia, el de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual daría la posibilidad al titular del acto administrativo de reservarse argumentos no discutidos en el control automático, a fin de que bajo una aparente cosa juzgada relativa, se analice nuevamente la decisión, aumentando el término para definir el asunto en sede judicial y permitiendo que, con base en argumentos no discutidos en el control automático, se emitan pronunciamientos en distinto sentido sobre un mismo acto administrativo.
19. Por lo tanto en mi concepto, no se desconoce el derecho de acceso a la justicia al no permitirse que se discuta la legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal a través de otros medio de control, pues ello conllevaría la desnaturalización del control automático de legalidad de estos actos administrativos, esto es, proteger el erario públicos a través de un proceso célere en el que se discutan todos los aspectos relevantes que puedan afectar o confirmar su legalidad.

CUARTO.- El decreto de medidas cautelares en el marco del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal carece de sentido, porque el acto administrativo controlado materialmente no genera efectos.

20. Sea lo primero destacar que, como se afirma en el auto de unificación del que me aparto, el trámite del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal no prevé el decreto de medidas cautelares. Sin embargo, considero que ello no es motivo para inaplicar este proceso, por cuanto la no procedencia de medidas cautelares no conlleva el desconocimiento de derechos fundamentales, por los siguientes motivos:
21. El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece que las medidas cautelares procederán en todos los procesos declarativos que se adelanten en la jurisdicción, a petición de parte debidamente sustentada, y su finalidad es la de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Por lo tanto, para que el juez pueda decretar esta medida, deberán confluir los mencionados requisitos.
22. Para el caso concreto, se tiene que no se cumple el primer requisito del artículo 229 del CPACA, toda vez que en el trámite del control automático no media una demanda en la que se formulen pretensiones de nulidad contra el acto administrativo controlado, sino que hay una revisión integral de la legalidad que opera automáticamente. Es decir, que en el proceso no

hay partes sino intervinientes y, además, que no se da la presentación una demanda, en la que se formulen pretensiones y se relaten los hechos y omisiones que le sirvan de fundamento, así como las normas violadas y el concepto de violación. Por ello, y teniendo en cuenta que la medida cautelar es accesoria⁵⁴ a la demanda, no es posible que sea pedida.

23. Así mismo, se tiene que con el decreto de medidas cautelares en este proceso no se configuraría el requisito esencial de toda cautela denominado «*periculum in mora*» o perjuicio de la mora, el cual busca que con el decreto de la cautela, se garantice la efectividad de la decisión de fondo. Sobre el particular se observa que el artículo 45 de la Ley 2080 de 2021 prevé expresamente 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*». Así mismo, como se explicó previamente, el fallo con responsabilidad fiscal tampoco puede prestar mérito ejecutivo porque, al estar sometido a control por parte de la jurisdicción contenciosa, no se encuentra ejecutoriado y por lo tanto, no es ejecutable hasta tanto se avale su legalidad por parte del juez competente. De ese modo, es claro que el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, se encuentran garantizados de forma automática, sin necesidad que medie el decreto de una medida cautelar por parte del juez de una medida cautelar para lograr ese fin.

24. Aunado a ello, dado que los términos establecidos en el artículo 45 de la Ley 2080 de 2021 para avocar conocimiento, correr los traslados de que trata la norma, adelantar el período probatorio y fallar, son muy cortos; el tramitar y correr traslado de una medida cautelar, retrasaría el proceso, contrariando los principios de celeridad, eficiencia y eficacia en que se fundamenta este nuevo el medio de control; pues con su creación se pretende «*privilegiar principios de control y vigilancia fiscal, como los referidos al efecto disuasivo, eficacia, eficiencia y oportunidad*»⁵⁵.

25. De acuerdo con lo expuesto, en mi criterio no se desconocen los artículos 238 de la Constitución y 229 del CPACA, porque si bien es válido el argumento expuesto en el auto de unificación de 29 de junio de 2021 de que en el trámite del control automático de legalidad no se puede pedir la suspensión de los efectos del acto administrativo que declaró la responsabilidad fiscal; no comparto la conclusión de que dicha

⁵⁴ 4.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos[25]. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un juzgamiento provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho[26]” **CONSEJO DE ESTADO; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCION TERCERA; SUBSECCION C; Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**; Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014); Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00149-00(49058); Auto que decide una solicitud de suspensión provisional

⁵⁵ Gaceta 979 de 24 de septiembre de 2020

circunstancia desconozca la garantía procesal de la tutela judicial efectiva, ya que el objeto del proceso está garantizado de forma automática al suspender los efectos del fallo hasta que se emita sentencia.

QUINTO.- La implementación del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal no desconoce el derecho a la igualdad previsto en los artículos 13 de la Constitución y 24 de la CADH.

26. Según se afirma en la ponencia de unificación, a diferencia de las personas que son afectadas por en actos administrativos sancionatorios en otros ámbitos de la responsabilidad administrativa, el responsable fiscal ve restringidas sus garantías de acudir a la jurisdicción contenciosa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para hacer valer sus derechos e intereses individuales. Sobre este tema, considero que no se desconoce el derecho a la igualdad toda vez que los responsables fiscales y las personas que han sido sancionadas por otro tipo de actuaciones o conductas no son sujetos comparables.

27. Así las cosas, como lo ha indicado la Corte Constitucional, el principio de igualdad, en términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho.⁵⁶ Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que para el caso particular de los responsables fiscales, se trata de una responsabilidad que se deriva de la acción u omisión en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta -*art. 1 de la Ley 610 de 2000*-, y que conlleva una sanción de tipo económico, consistente en el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal -*art. 4° de la Ley 610 de 2000*;- a diferencia de las sanciones impuestas en otros campos de la responsabilidad administrativa, como en el disciplinario donde se imponen sanciones de destitución e inhabilidad general, suspensión e inhabilidad especial, multas o amonestaciones escritas, según la modalidad de la conducta -*art. 44 de la Ley 734 de 2002*.-

28. De ese modo, es evidente que el proceso de responsabilidad fiscal, por tratarse de finanzas públicas, reviste una especial importancia para el interés general, por lo cual es acertado que, a través de un medio de control automático y expedito, se defina su legalidad, sin que ello implique una vulneración del derecho a la igualdad de los responsables fiscales frente a otro tipo de sujetos sancionables.

SEXTO.- No se presenta una 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, porque no se limitan los derechos políticos de los presuntos responsables fiscales.

29. En la sentencia del 8 de julio de 2020 en el caso Petro Urrego vs Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado colombiano por violar el artículo 23.2 de la Convención Americana, entre otros motivos, porque las sanciones impuestas por la Contraloría General de la República pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos. En consecuencia ordenó, como garantía de no

⁵⁶ Sentencia C-178 de 2014

repetición, que el Estado, en un plazo razonable, adecúe su ordenamiento interno a lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención.

30. En ese contexto, considero que el control automático de fallos con responsabilidad fiscal no es incompatible con lo ordenado en la referida sentencia de la CIDH, toda vez que los derechos políticos de los responsables fiscales no se restringen hasta que haya un pronunciamiento judicial sobre la legalidad de la sanción. En efecto, el artículo 45 de la Ley 2080 de 2021 establece 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, de tal modo que hasta que el contencioso no defina la legalidad del fallo con responsabilidad, este no se puede ejecutar.

31. Sumado a lo anterior, no comparto la afirmación de que el control automático de legalidad *«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 inconducta socialmente reprochable»*, puesto que ese argumento no se refiere al proceso como tal, sino que hace alusión a la legalidad del proceso de responsabilidad fiscal y las sanciones que se imponen en virtud de este. Sobre el particular, considero que la discusión se debe centrar en determinar si se debe inaplicar, por inconstitucional, el trámite del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal, consagrado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 y no en aspectos ajenos a este, como la competencia de la autoridad administrativa para imponer sanciones que restrinjan derechos fundamentales en el marco de un proceso administrativo.

32. Por las anteriores razones muy respetuosamente me aparto de la decisión de la Sala Plena de inaplicar los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

33. En estos términos dejo consignado mi salvamento de voto.

34. Fecha ut supra,

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ACLARACIÓN DE VOTO / AUTORIDAD JUDICIAL – Habilitada para restringir derechos políticos

Si bien acompaño la decisión adoptada, debo advertir que no considero necesaria la reiteración efectuada en los párrafos 51 a 58, relacionada con el criterio de interpretación que debe aplicarse al momento de examinar el contenido del artículo 23.2 de la CADH y a la luz del cual se permite que una autoridad judicial, no exclusivamente el juez penal, sea la habilitada para restringir válidamente derechos políticos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU)

Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA DELEGADA PARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN JUDICIAL Y COBRO COACTIVO

Demandado: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 8 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa me permito aclarar el voto en el auto de unificación jurisprudencial del 29 de junio de 2021, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación a través del cual se inaplicaron los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, por ser contrarios a los artículos 13, 29, 229 y 238 de la Constitución Política, y 8.1, 23.2, 24, y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁷.

Lo anterior, bajo el entendido de que el control automático de fallos con responsabilidad fiscal es incompatible con la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, pues (i) no respeta el derecho al debido proceso -establecido en el artículo 29 constitucional-, ni las garantías mínimas de defensa judicial, establecidas en el artículo 8.1 de la CADH; (ii) compromete el derecho de acceso a la administración de justicia -previsto en el artículo 229 superior-, así como el derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 25.1 de la CADH; (iii) no se ajusta al contenido del artículo 238 constitucional, relativo a la suspensión de los efectos de los actos administrativos; (iv) afecta el derecho a la igualdad, dispuesto en los artículos 13 superior y 24 de la CADH; y (v) desconoce el contenido de la sentencia del 8 de julio de 2020 proferida por la CIDH en el caso Petro Urrego vs Colombia, al igual que el artículo 23.2 de la CADH.

Si bien acompaño la decisión adoptada, debo advertir que no considero necesaria la reiteración efectuada en los párrafos 51 a 58, relacionada con el criterio de interpretación que debe aplicarse al momento de examinar el contenido del artículo 23.2 de la CADH y a la luz del cual se permite que una autoridad judicial, no exclusivamente el juez penal, sea la habilitada para restringir válidamente derechos políticos.

Lo anterior, de un lado, porque esa reiteración no era necesaria para resolver los cargos planteados en el recurso de apelación. Téngase en cuenta que los argumentos de la impugnación se referían a (i) la modificación del artículo 267

⁵⁷ En adelante CADH.

constitucional efectuada por el Acto Legislativo Nro. 04 de 2019 que, en sentir del recurrente, imprimió validez constitucional al mecanismo automático dispuesto por la Ley 2080 de 2021 (artículos 23 y 45); (ii) la inexistencia de una excepción de inconstitucionalidad propiamente dicha en el caso concreto y, por el contrario, la aplicación de una excepción de ilegalidad improcedente; (iii) el cumplimiento de la sentencia dictada por la CIDH en el caso Petro Urrego vs Colombia; y (iv) la existencia de garantías fundamentales en el trámite del medio de control automático.

Del otro, porque el medio de control dispuesto por la Ley 2080 no satisfacía las exigencias del artículo 23.2 de la CADH bien que se aplicara un criterio literal de interpretación o que se acogiera aquel que reiteró la Sala Plena -relativo a la posibilidad de que una autoridad judicial, no solo un juez penal, proceda con la restricción válida de derechos políticos-.

Ello, por cuanto la Contraloría General de la República carece de funciones jurisdiccionales, de modo que bajo ninguno de los dos criterios de interpretación podría hablarse de una restricción válida de derechos políticos a la luz de lo previsto por la CADH y como consecuencia de la inhabilidad derivada del fallo con responsabilidad fiscal.

Cordialmente,

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Fecha *ut supra*

ACLARACIÓN DE VOTO / AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE DISPONE APARTAR DEL CONOCIMIENTO DE LA DECISIÓN – Ejecutoria y recursos

Analizadas las normas de derecho aplicables al conocimiento de asuntos en segunda instancia por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no encontré fundamento legal que impusiera la exclusión de magistrados que no adoptaron la determinación apelada. De existir norma en tal sentido, por supuesto, su exclusión operaría de pleno derecho, sin que debiera ser resuelto el punto en una providencia. Sin embargo, como la ley no ordena su exclusión, consideré que la determinación de excluirlos, en tanto afectaba la composición de la Sala, podía ser susceptible de recursos. Así las cosas, como el auto en el que se excluyó a los magistrados de la Sala Especial de Decisión No. 7 fue notificado por estado el 28 de junio de 2021, quedaban dudas sobre su firmeza al momento de definir la controversia, por lo que consideré prudente esperar que transcurriera el término de ejecutoria en espera de la conducta procesal de los interesados, en tanto esa determinación incidía en la conformación de la Sala. Con todo, como el pleno consideró que no era necesario esperar por la ejecutoria de auto de 9 de junio y abrió a votación el proyecto de auto, acompañé la decisión de fondo, dejando a salvo mi postura en los términos indicados en este escrito.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ALEXÁNDER JOJOA BOLAÑOS (E)

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU)

**Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA
DELEGADA PARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN
JUDICIAL Y COBRO COACTIVO**

**Demandado: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 8 DEL 18 DE
DICIEMBRE DE 2020**

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque compartí lo resuelto por la Sala Plena respecto del fondo del asunto, durante el debate surgieron dudas en torno a la naturaleza de la decisión de apartar del asunto a todos los magistrados de la Sala Especial de Decisión No. 7, que, según consideré, aconsejaban esperar prudentemente la ejecutoria de esa determinación.

Mediante auto de 9 de junio de 2021, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (i) avocó, por importancia jurídica, el conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra un auto proferido por el magistrado ponente, en el que se abstuvo de dar trámite al control inmediato de legalidad de un fallo de responsabilidad fiscal, luego de inaplicar por inconstitucionales los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. En la misma providencia (ii) decidió declarar fundados unos impedimentos y además: (iii) *“Apartar del conocimiento de la decisión a los magistrados que conforman la Sala Especial de Decisión n.º 7, de la cual provino el auto impugnado, a saber: los consejeros Martín Bermúdez Muñoz, Oswaldo Giraldo López, Carmelo Perdomo Cuéter y Julio Roberto Piza Rodríguez”*.

La decisión de avocar el conocimiento por parte del pleno no era susceptible de recursos⁵⁸, al igual que aquella que declaró fundados los impedimentos⁵⁹; sin embargo, surgieron dudas no resueltas respecto de si la determinación de marginar a algunos miembros de la Sala, que no participaron en la decisión apelada⁶⁰, correría la misma suerte. Como no existe norma expresa que regule tal determinación, se abriría eventualmente la posibilidad de aplicar la regla general según la cual, salvo norma legal en contrario, las providencias son susceptibles del recurso de reposición⁶¹.

⁵⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 271 (...) “la instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos”.

⁵⁹ *Ibídem*, artículo 243A. “No son susceptibles de recursos ordinarios las siguientes providencias: (...) 6. Las decisiones que se profieran durante el trámite de impedimentos y las recusaciones (...)”.

⁶⁰ En tanto esta fue de ponente.

⁶¹ *Ibídem*, ARTÍCULO 242. “El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario”.

Analizadas las normas de derecho aplicables al conocimiento de asuntos en segunda instancia por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no encontré fundamento legal que impusiera la exclusión de magistrados que no adoptaron la determinación apelada. De existir norma en tal sentido, por supuesto, su exclusión operaría de pleno derecho, sin que debiera ser resuelto el punto en una providencia. Sin embargo, como la ley no ordena su exclusión, consideré que la determinación de excluirlos, en tanto afectaba la composición de la Sala, podía ser susceptible de recursos.

Así las cosas, como el auto en el que se excluyó a los magistrados de la Sala Especial de Decisión No. 7 fue notificado por estado el 28 de junio de 2021, quedaban dudas sobre su firmeza al momento de definir la controversia, por lo que consideré prudente esperar que transcurriera el término de ejecutoria en espera de la conducta procesal de los interesados, en tanto esa determinación incidía en la conformación de la Sala. Con todo, como el pleno consideró que no era necesario esperar por la ejecutoria de auto de 9 de junio y abrió a votación el proyecto de auto, acompañé la decisión de fondo, dejando a salvo mi postura en los términos indicados en este escrito.

Fecha *ut supra*,

ALEXÁNDER JOJOA BOLAÑOS
MAGISTRADO (E)

ACLARACIÓN DE VOTO / CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL – Competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado

[H]e considerado necesario aclarar mi voto al encontrar que el proyecto dejó de valorar que la definición en torno a la competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado no podía tener como fundamento consideraciones normativas propias del régimen legal del Control que se inaplica, en ellas, las contenidas en el artículo 185 A de la Ley 1437, sin incurrir en una evidente contradicción. Explico esta disyuntiva, en tanto tal norma no puede constituirse en fuente normativa para dilucidar los aspectos propios del CAL se inaplica, dado que todo el régimen que gobierna esta institución, cae bajo la premisa de la excepción de inconstitucionalidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU)

Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA DELEGADA PARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN

JUDICIAL Y COBRO COACTIVO

Demandado: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 8 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020

Al suscribir la providencia contenida en el auto de 29 de junio de 2021, que confirmó los autos de 28 de abril y 13 de mayo de 2021, mediante los cuales la Corporación se abstuvo de conocer el Control Automático de Legalidad del fallo con responsabilidad fiscal N° 8 del 18 de diciembre de 2020, expedido por la Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, he considerado necesario aclarar mi voto al encontrar que el proyecto dejó de valorar que la definición en torno a la competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado no podía tener como fundamento consideraciones normativas propias del régimen legal del Control que se inaplica, en ellas, las contenidas en el artículo 185 A de la Ley 1437, sin incurrir en una evidente contradicción. Explico esta disyuntiva, en tanto tal norma no puede constituirse en fuente normativa para dilucidar los aspectos propios del CAL se inaplica, dado que todo el régimen que gobierna esta institución, cae bajo la premisa de la excepción de inconstitucionalidad⁶².

Preciso en todo caso que esta aclaración no compromete el análisis de fondo de la decisión, además de que la consecuencia de la inaplicación de una norma legal que atribuye una competencia, conduce a predicar la falta de jurisdicción, pues de cara a la excepción adoptada, la consecuencia obligada es que no se reconoce tal régimen como un mecanismo idóneo para garantizar la protección y efectividad de los derechos de los sujetos procesales involucrados en un juicio con responsabilidad fiscal.

Fecha ut supra.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: Se deja constancia de que esta providencia se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar

⁶² Constitución Política. **ARTICULO 4o.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>

ACLARACIÓN DE VOTO / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – No es un componente del control de constitucionalidad

El fundamento de la presente aclaración de voto se sustenta en el hecho de que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad, sino que se trata de un control diferente, independiente y autónomo al de constitucionalidad. El control de convencionalidad i) tiene un origen diferente; ii) el parámetro normativo de control es distinto; iii) la finalidad difiere del control de constitucionalidad; iv) las causales son disímiles entre el uno y el otro; y v) los órganos jurisdiccionales que llevan a cabo los respectivos controles concentrados son diferentes. En este sentido, considero que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU)

Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA DELEGADA PARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN JUDICIAL Y COBRO COACTIVO

Demandado: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 8 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020

Asunto: Aclaración de voto al Auto de unificación proferido el 29 de junio de 2021 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el asunto de la referencia, manifiesto que, aunque comparto la decisión adoptada en el auto proferido el 29 de junio de 2021, aclaro mi voto en los siguientes términos.

Para efectos de explicar las razones, de la aclaración de voto se divide en las siguientes partes: i) el Auto de unificación de 29 de junio de 2021; y ii) la aclaración de voto y sus fundamentos: las cuales se desarrollarán a continuación.

El auto proferido el 29 de junio de 2021

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en el auto proferido, resolvió:

“[...] 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. [...]”.

2. El auto realiza un estudio sobre: i) las características generales del sistema de control de constitucionalidad colombiano; ii) el examen de convencionalidad como componente del control de constitucionalidad; iii) los 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; y iv) el análisis del caso concreto.

3. Dentro del acápite de las [...] **Características generales del sistema de control de constitucionalidad colombiano** [...], la Sala consideró que:

“[...] 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 mixto⁶³, porque combina, por un lado, un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado⁶⁴, en el que estos órganos judiciales pueden, respectivamente, declarar inexequibles o anular normas

⁶³ 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>).

⁶⁴ 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».

de rango legal o reglamentario⁶⁵ 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. [...]"

4. Asimismo, en el acápite denominado "[...] **el examen de convencionalidad como componente del control de constitucionalidad** [...]", considero que:

"[...] 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 1991 15.

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»⁶⁶. 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»⁶⁷

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 1969⁶⁸, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el denominado control de convencionalidad⁶⁹,

[...]

*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 IDH⁷⁰, y con*

⁶⁵ 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.

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 [...]».

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2015.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ «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.

⁷⁰ 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

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 norma⁷¹⁻⁷². Por otro lado, el difuso, es el que deben hacer todos los jueces y autoridades⁷³ cobijadas por la CADH, cuando inaplican en casos concretos normas nacionales por ser contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos⁷⁴. [...]

La aclaración de voto y sus fundamentos

5. El fundamento de la presente aclaración de voto se sustenta en el hecho de que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad, sino que se trata de un control diferente, independiente y autónomo al de constitucionalidad.

6. El control de convencionalidad i) tiene un origen diferente; ii) el parámetro normativo de control es distinto; iii) la finalidad difiere del control de constitucionalidad; iv) las causales son disimiles entre el uno y el otro; y v) los órganos jurisdiccionales que llevan a cabo los respectivos controles concentrados son diferentes.

7. En este sentido, considero que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad.

instancia ha sido incapaz de garantizar la efectividad de estos, opera la jurisdicción internacional»: ENRIQUE GIL BOTERO, *op. cit.*, p. 54.

⁷¹ *Ibidem*, p. 54.

⁷² 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.

⁷³ «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.

⁷⁴ Cfr. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, *El control de convencionalidad*, 3.ª ed., Bogotá: Temis, 2017, pp. 109-110.

En estos términos dejo expuesto mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

**ACLARACIÓN DE VOTO / FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL -
Ejecución**

Comparto la decisión adoptada por la Sala en el entendido de que la Ley 2080 de 2021 nada dijo sobre si los fallos con responsabilidad fiscal pueden o no ejecutarse mientras está pendiente de resolverse el control automático de legalidad, y sólo admitió expresamente que la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales se entiende suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva, previsiones que podrían dar lugar a entender que el carácter ejecutivo y ejecutorio de dichos fallos es parcial. [...] En ese sentido, a mi juicio, el hecho de que el legislador hubiera atribuido al control automático de legalidad el atributo de la integralidad sugería que, antes de que pudieran ejecutarse los fallos requeridos, se requería del pronunciamiento favorable de esta jurisdicción, pues de lo contrario no tendría sentido la integralidad del mencionado control, ya que, además de que se auspiciaría la ejecución de decisiones pendientes de un control obligatorio, haría incompatible la expedición de una decisión judicial que no pudiera pronunciarse sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de un acto ilegal de contenido particular.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTA NUBIA VELÁSQUEZ
RICO**

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU)

**Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA
DELEGADA PARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN
JUDICIAL Y COBRO COACTIVO**

**Demandado: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 8 DEL 18 DE
DICIEMBRE DE 2020**

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de esta aclaración de voto frente al auto aprobado por la Sala el 29 de junio de 2021, el cual, por una parte, confirmó 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; y, por otro lado, dispuso 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 dicho auto.

Comparto la decisión adoptada por la Sala en el entendido de que la Ley 2080 de 2021 nada dijo sobre si los fallos con responsabilidad fiscal pueden o no ejecutarse mientras está pendiente de resolverse el control automático de legalidad, y sólo admitió expresamente que la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales se entiende suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva, previsiones que podrían dar lugar a entender que el carácter ejecutivo y ejecutorio de dichos fallos es parcial.

Es por ello que, para efectos del cómputo del término de caducidad, la Sala consideró que, por tratarse el fallo de responsabilidad fiscal de un acto administrativo de contenido particular y concreto, le resulta procedente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que prevé un plazo de cuatro meses para formular la demanda, por lo que dicho término solamente empezaría a correr, en cada caso concreto, a partir del momento en que cobre ejecutoria la providencia que decida declarar la excepción de inconstitucionalidad⁷⁵.

⁷⁵ Sobre este aspecto consideró la Sala: “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”.

Sin perjuicio de la anterior conclusión, que comparto por su carácter garantista del derecho de acceso a la administración de justicia, considero que también es plausible interpretar las normas del control automático de legalidad sobre la base de que los fallos con responsabilidad fiscal no podrían ejecutarse mientras esta jurisdicción no se pronunciara sobre ellos (*como sucedía, por ejemplo, con el control de los procedimientos agrarios en vigencia del CCA que también finalizaban con actos de contenido particular*).

En ese sentido, a mi juicio, el hecho de que el legislador hubiera atribuido al control automático de legalidad el atributo de la integralidad sugería que, antes de que pudieran ejecutarse los fallos requeridos, se requería del pronunciamiento favorable de esta jurisdicción, pues de lo contrario no tendría sentido la integralidad del mencionado control, ya que, además de que se auspiciaría la ejecución de decisiones pendientes de un control obligatorio, haría incompatible la expedición de una decisión judicial que no pudiera pronunciarse sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de un acto ilegal de contenido particular.

En estos términos dejo consignada mi aclaración de voto frente a lo decidido por la Sala en el auto de 29 de junio de 2021.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

