



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 26

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado número: 11001-03-15-000-2021-01608-00

**Autoridad: NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA,
GERENCIA COLEGIADA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA**

Responsable fiscal: JOHN FREDDY RENDÓN ROLDÁN Y OTRO

Asunto: CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD

RESPONSABILIDAD FISCAL-Control automático de legalidad, según los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE FALLOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Procedimiento. CONVENCION AMERICANA DDHH-Los artículos 8 y 25 establecen el derecho de toda persona para acceder a un recurso judicial con las garantías del debido proceso. RECURSO JUDICIAL EFECTIVO-Convención Americana de Derechos Humanos. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD-Inaplicación de normas sobre el control automático de legalidad de fallos de responsabilidad fiscal. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD- Supremacía de la Constitución e inaplicación de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. DEBIDO PROCESO-Alcance del derecho fundamental según art. 29 CN. ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-Alcance del derecho fundamental según el artículo 229 CN. DERECHO A LA IGUALDAD-Se trasgrede por la previsión exclusiva del control automático frente a los fallos de responsabilidad fiscal.

El 25 de septiembre de 2020, por fallo n°. 012, la Contraloría General de la República-Gerencia Colegiada Departamental de Antioquia declaró fiscalmente responsables a John Freddy Rendón Roldán -director del Departamento Administrativo del Sistema de Prevención, Atención y Recuperación de Desastres -DAPARD-, entidad adscrita al departamento de Antioquia- y a Camilo Ernesto Duque Franco -contratista-. La autoridad estimó que los implicados causaron un daño al erario y les ordenó resarcirlo, con ocasión del contrato de obra n°. 2008-CO-26-0022 del 10 de junio de 2008 para la construcción de obras de mitigación y protección en el municipio de Abriaquí. El 18 de diciembre de 2020, por auto n°. 992, la autoridad confirmó esa decisión, al resolver la reposición que interpuso el director del DAPARD. El 11 de febrero de 2021, por auto n°. URF2-00147, la contralora intersectorial n°. 8 resolvió el recurso de apelación formulado por el servidor condenado y el grado de consulta respecto del contratista. Al efecto, absolvió al primero y condenó al segundo a restituir al erario la suma de \$14'184.571. La autoridad envió esa decisión al Consejo de Estado para el **control automático de legalidad**, previsto en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021.

1. El inciso 5 del artículo 267 CN, modificado por el Acto Legislativo 4 de 2019, prevé 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. El trámite no podrá extenderse más allá de un año en la forma en que lo regule la ley. Como desarrollo de este precepto, el artículo 23 de la Ley 2080 de 2021 dispone que esos fallos tendrán un control automático e integral de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si la Contraloría General (CGR) o la Auditoría General de la República los expiden. A su vez, el artículo 45 prescribe que la autoridad tendrá que enviar al juez administrativo el acto para que este avoque su conocimiento, mediante auto que no admite recursos, y ordene la publicación de su admisión, durante diez días, lapso para la intervención ciudadana. Cumplido lo anterior, el asunto pasa al agente del Ministerio Público para que conceptúe. El juez, si lo estima necesario, puede decretar pruebas, cuya práctica no puede superar el término de diez días. Luego, el ponente tiene otros diez días para elaborar el proyecto de fallo y someterlo al estudio de la sala, que adoptará una sentencia con efectos *erga omnes*.

2. El artículo 9 de la Constitución prevé que el Estado reconoce los postulados del derecho internacional. Los artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ordenan al Estado cumplir los tratados de buena fe *-pacta sunt servanda-* y le prohíben invocar disposiciones de derecho interno para incumplir los tratados internacionales. Mediante la Ley 16 de 1972 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece 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. En el respectivo proceso, el implicado, entre otros, tiene derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, de manera personal o a través de un defensor de su elección, a presentar las pruebas de descargo y a controvertir las que se esgriman en su contra. En consonancia, el artículo 25 establece que toda persona tiene derecho a un recurso judicial para la defensa de sus derechos y a que la ley prevea tal recurso, la autoridad para conocerlo y el mecanismo para que sea efectiva la decisión que se tome.



El cumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado colombiano, derivadas de los instrumentos de lucha contra la corrupción y resarcimiento del erario por sus defraudadores, impone la adopción de mecanismos expeditos en el derecho interno para ese fin. Estas obligaciones, incluso, se extienden a que el control judicial de los actos administrativos declaratorios de responsabilidad fiscal tenga términos breves¹.

No obstante, todo proceso judicial, más aún, si tiene por objeto determinar o discutir la responsabilidad individual de un servidor público en materia patrimonial, debe estar rodeado de las garantías suficientes para que la persona pueda ejercer de manera efectiva los derechos de defensa y contradicción. El control judicial automático, desprovisto de las etapas de contradicción, no es un mecanismo que genuinamente permita el acceso a un recurso judicial efectivo, rodeado de las garantías universales del debido proceso, para controvertir la presunción de legalidad de un acto administrativo particular y concreto de responsabilidad fiscal².

El control judicial de las decisiones de responsabilidad fiscal debe armonizarse con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El servidor público, en tanto persona, tiene derecho a contar con mecanismos efectivos de control judicial de los actos administrativos declaratorios de responsabilidad fiscal, a través de recursos que permitan desplegar todas las herramientas de defensa y contradicción.

El control automático de legalidad del fallo de responsabilidad fiscal priva al afectado del derecho a acudir a esta jurisdicción, a través de los medios de control de nulidad, para impugnar la legalidad del acto administrativo particular y concreto de responsabilidad fiscal, pedir medidas cautelares, aportar pruebas de descargo y controvertir las pruebas de cargo, así como presentar alegatos.

4. Como los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, que establecen el control automático de legalidad del auto CRG n°. URF2-151 del 12 de febrero de 2021, son notoriamente contrarios a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Consejo de Estado, como juez de convencionalidad, debe

¹ La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción del 26 de marzo de 1996, aprobada mediante la Ley 412 de 1997, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003, aprobada mediante la Ley 970 de 2005.

² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2000, caso *Cantos vs. Argentina* [fundamento jurídico 49 a 52].



inaplicarlos³.

5. El artículo 4 CN establece la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento interno⁴. La jerarquía superior de la Constitución se explica no solo porque define el sistema de fuentes y es expresión de la intención fundacional del Estado, sino también porque ella es la competencia de las competencias. De ahí que si el juez de la Administración, advierte que una norma es contraria a la Constitución, deberá inaplicarla, pues de esta manera hace efectiva la supremacía constitucional⁵.

6. El artículo 45 de la Ley 2080, al establecer el trámite para el control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, sigue el mismo procedimiento previsto para el control inmediato de legalidad de los actos administrativos generales expedidos como consecuencia de un estado de excepción (art. 185 CPACA). Sin embargo, la naturaleza, alcance y necesidad de control en uno y otro caso es totalmente diferente.

El control inmediato de legalidad de los actos administrativos generales expedidos durante los estados de excepción es coherente con la Constitución, pues, dada la concentración extraordinaria de poder en la rama ejecutiva, su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales, limitar el poder de las autoridades y proteger los derechos de las personas⁶. Por ello, precisamente, es necesario someter las decisiones administrativas generales de carácter excepcional a un control automático, que consiste en la confrontación objetiva entre el acto administrativo y las normas superiores que le sirven de fundamento⁷. Con todo, como lo decidido en virtud del control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa, cualquier persona puede impugnar la legalidad de ese acto administrativo por razones diferentes a lo estudiado en dicho control⁸.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de 2017, Rad. 11001-03-25-000-2014-00360-00 [fundamento jurídico V]. AV Guillermo Sánchez Luque, Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Marta Nubia Velásquez Rico. También, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de septiembre de 2019, Rad. 63.541 [fundamento jurídico 7].

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n°. 26, sentencia del 26 de febrero de 2021, Rad. 11001-03-15-000-2020-01909-00 [fundamento jurídico 14].

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 16763 [fundamento jurídico 5.5].

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión 26, sentencia del 9 de octubre de 2020, Rad 11001-03-15-000-2020-00969-00 [fundamento jurídico 6].

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. n°. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].



Por el contrario, no se advierte razón constitucional alguna que justifique que para los fallos de responsabilidad fiscal se deba seguir un control automático propio de normas de carácter general. En efecto, estos fallos contienen decisiones administrativas de carácter particular, expedidas en ejercicio de las competencias ordinarias de la autoridad fiscal. De modo que razones de indudable importancia - como la oportuna recuperación del recurso público defraudado- no justifican que se prive al servidor público de un control judicial efectivo a través del contencioso subjetivo de nulidad o cualquier otro recurso judicial respetuoso de los postulados del debido proceso y del acceso a la administración de justicia. En un proceso de esa naturaleza, con la formulación de cargos de impugnación concretos por parte del afectado y reproches soportados en pruebas, tanto la Administración como el implicado pueden desplegar sus herramientas de defensa y contradicción.

No deja de ser paradójico que un instrumento diseñado para la protección de los derechos de las personas y la fiscalización de la Administración en estados de excepción (arts. 212 a 215 CN), esto es, el control inmediato de legalidad, se extienda a situaciones que, por las razones de constitucionalidad señaladas, no es idóneo para el control de actos administrativos de carácter particular.

7. Si bien el inciso 5 del artículo 267 CN autoriza un control judicial breve y con etapas especiales para los fallos de responsabilidad fiscal, esta disposición no justifica -y bajo ninguna interpretación puede hacerlo- la creación de un procedimiento judicial, que abiertamente impide al implicado la impugnación efectiva del acto administrativo particular y concreto de responsabilidad fiscal y que está desprovisto de los más elementales postulados del debido proceso y del acceso a la administración de justicia.

El artículo 29 CN prescribe que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio. El acusado de un ilícito tiene derecho a la defensa, a la asistencia de un abogado de su confianza o a uno de oficio. También, a acudir a juicio para presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

De manera armónica, los artículos 229 y 238 CN prevén el derecho de acceso a la administración de justicia que, en relación con los actos de la Administración,



facultan a cualquier persona a demandar su nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, bien sea, por conducto del contencioso objetivo, en defensa abstracta de la legalidad, o por el contencioso subjetivo, si es que se afecta un derecho particular amparado en una norma jurídica, evento en que, además, se puede pedir el restablecimiento del derecho. Tanto en el contencioso objetivo, como en el contencioso subjetivo, procede la suspensión temporal de los efectos del acto acusado (art. 238 CN).

El acatamiento de las formas propias de cada juicio (art. 29 CN), respecto de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tiene como presupuesto el agotamiento de unos requisitos previos a la presentación de la demanda. Si se trata de la impugnación de un acto administrativo de carácter particular, como lo es el fallo de responsabilidad fiscal (art. 53 de la Ley 610 de 2000), antes de formular el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA) -mecanismo por excelencia en estos casos-, el interesado debe agotar la etapa de la conciliación extrajudicial, de conformidad con el artículo 42A de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia-LEAJ. El precepto estatutario exige este requisito de procedibilidad -sin distinción- frente a todas las controversias que tienen carácter conciliable. El artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, reglamentario de la LEAJ, no excluye del requisito previo de la conciliación a los fallos de responsabilidad fiscal. Por demás, esta etapa previa es una oportunidad extraprocesal para que el responsable fiscal y la autoridad lleguen a una solución anticipada del conflicto.

8. El acceso a la administración de justicia (art. 229 CN) para impugnar la legalidad de un acto de carácter particular y obtener el restablecimiento del derecho debe hacerse antes de que se configure el fenómeno de la caducidad. Este plazo no solo tiene por objeto revestir de seguridad jurídica las decisiones de la Administración. También está concebido para que el interesado disponga de un tiempo suficiente que le permita reunir los insumos necesarios y, con ello, formular una demanda ante la jurisdicción encaminada a desvirtuar -de manera efectiva- la presunción de legalidad que rodea a todo acto administrativo.

Así, de conformidad con el literal d, del numeral 2, del artículo 164 CPACA, por regla general, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene que formularse dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto



administrativo acusado. En consonancia con este precepto, el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 127 del Decreto Ley 403 de 2020, establece un término, de diez años, para la caducidad de la acción fiscal y de cinco años para la prescripción de la responsabilidad fiscal.

De modo que, conforme a los artículos 28 CN -que prohíbe las penas imprescriptibles- y 229 CN, tanto la Administración como el particular tienen plazos ciertos, la una para ejercer sus potestades y el otro para resistirse, por las vías legales, a ese ejercicio o para impugnar el actuar administrativo, en cumplimiento del postulado de la seguridad jurídica, esencia del Estado de derecho.

9. El debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia tienen pleno desarrollo en el proceso judicial que, para la fiscalización de actos administrativos de carácter particular, sigue un cause “universalmente” aceptado (arts. 29 y 229 CN). En efecto, el interesado, representado por apoderado judicial, formula una demanda con la individualización del acto que pide anular, los motivos de hecho y de derecho que, en su sentir, justifican esa decisión, el restablecimiento que persigue y las pruebas que respaldan las pretensiones de nulidad e indemnización (art. 162 CPACA). Asimismo, puede presentar excepciones, oponerse a las de la contraparte, participar en la práctica de pruebas y presentar alegatos antes de la sentencia (arts. 179 a 183 CPACA). El fallo de nulidad y restablecimiento del derecho, si es favorable a las pretensiones, podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, modificarlas o reformarlas. Asimismo, si se prueban los perjuicios, condenará al pago o devolución de una suma líquida de dinero (art. 187 CPACA).

10. Al confrontar el control automático de los fallos de responsabilidad fiscal con las normas constitucionales que disponen el debido proceso, el derecho de acceso a la administración de justicia y la fiscalización de los actos administrativos de carácter particular ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se advierte una notoria contradicción.

En los términos de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, los afectados por un fallo de responsabilidad fiscal quedan privados de acudir al mecanismo extraprocesal de la conciliación -que es obligatorio en todas las controversias sobre asuntos conciliables- para intentar una solución anticipada del conflicto. Quedan despojados del término de caducidad de cuatro meses para formular la demanda



de nulidad y restablecimiento del derecho. De manera consecuente, no pueden desplegar los mecanismos que usualmente tiene un proceso judicial para ejercer los derechos de defensa y contradicción, por ejemplo, pedir pruebas o alegar de conclusión. No pueden solicitar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo -que incluye el retiro transitorio del boletín de responsables fiscales si se accede a la cautela-. Como el implicado no puede formular una demanda, la oportunidad para reclamar y demostrar los perjuicios derivados de la eventual anulación del acto queda proscrita⁹.

11. El artículo 45 de la Ley 2080 de 2021, al prever que el juez, cuando lo considere necesario, podrá decretar las pruebas que estime conducentes para elaborar el proyecto de sentencia del control automático, despoja al afectado por el fallo de responsabilidad fiscal no solo de la facultad de solicitarlas, sino también de recurrir ese decreto probatorio y de presentar alegatos de conclusión con base en esas pruebas. Esta desproporcionada limitación a los derechos de defensa y contradicción deja de lado que, precisamente, el primer llamado a la búsqueda de pruebas para desvirtuar la legalidad del acto administrativo es el responsable fiscal, que tiene el conocimiento de los hechos que rodearon el detrimento del erario y de la actuación administrativa que llevó a concluir dicho menoscabo del recurso público.

12. Los fallos de responsabilidad fiscal, sin duda, son un mecanismo de resarcimiento del erario defraudado por el obrar inadecuado de un gestor fiscal (art. 6 Ley 610 de 2000). Pero un control automático exclusivo para los actos administrativos en mención establece un trato diferenciado que no tiene justificación aparente (art. 13 CN). En efecto, mientras el ordenamiento autoriza que los sujetos de otra clase de responsabilidad subjetiva, por ejemplo, en materia disciplinaria, acudan al control judicial de esas determinaciones a través del recurso de nulidad y restablecimiento del derecho, el responsable fiscal -que también es sujeto de una decisión de responsabilidad subjetiva- queda desprovisto de la posibilidad de formular el mismo recurso judicial.

Ahora bien, no podría pensarse en que la fórmula para subsanar el trato desigual es extender los controles automáticos a todas las decisiones administrativas que impliquen una declaración de responsabilidad subjetiva de servidores públicos, pues,

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión 7, auto del 28 de abril de 2021, Rad 11001-03-15-000-2021-01175-00 [fundamentos jurídicos 15 y 16].



como ya se explicó, estos controles no son idóneos para desvirtuar la legalidad de actos de contenido particular.

Y, si en gracia de discusión, la justificación del control automático de legalidad radica en la necesaria e indiscutible guarda de los recursos públicos, un mecanismo similar debería existir frente a otras decisiones administrativas que tienen igual relevancia en esa materia y que están desprovistas de ese control automático, por ejemplo, las liquidaciones oficiales que determinan tributos, entre otras.

En consecuencia, se inaplicará por inconvenientes e inconstitucionales los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 y se dispondrá no tramitar el control automático de legalidad del auto n°. URF2-151 del 12 de febrero de 2021, expedido por la Contraloría General de la República.

RESUELVE

PRIMERO: INAPLÍCANSE los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, por ser contrarios a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 29, 229 y 238 de la Constitución.

SEGUNDO: El Despacho **SE ABSTIENE** de avocar conocimiento del control automático de legalidad del auto n° URF2-00147 del 11 de febrero de 2021, expedido por la Contraloría General de la República.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente a la contralora delegada n°. 8 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo de la Contraloría General de la República.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a la autoridad que remitió el asunto, a quien fue objeto de la decisión con responsabilidad fiscal, al agente del Ministerio Público, al Departamento Administrativo del Sistema de Prevención, Atención y Recuperación de Desastres de Antioquia y al director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE