



El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal. Alcance del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho vs. el control automático de legalidad.
¿Verdaderas garantías para los administrados y efectiva recuperación del patrimonio público?

Karen Andrea Pinto Guarguati

karenpintog@outlook.com



Resumen

El presente artículo pretende determinar el alcance de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho vs. el control automático de legalidad, teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos normativos y jurisprudenciales con ocasión a los fallos de responsabilidad fiscal, analizando las dos situaciones junto con sus implicaciones jurídicas. Se presentan resultados soportados en pronunciamientos de la jurisdicción contenciosa administrativa y de las contralorías territoriales.

Palabras clave: debido proceso, responsabilidad fiscal, patrimonio público, daño patrimonial, constitucionalidad, convencionalidad.

Abstract

This article aims to determine the scope of the means of control of nullity and restoration of the right vs. the automatic control of legality, taking into account the latest normative and jurisprudential pronouncements on the occasion of fiscal responsibility rulings. Analyzing the two situations together with their legal implications, presenting results supported in pronouncements of the contentious-administrative jurisdiction and the territorial comptrollers.

Keywords: due to the process, fiscal responsibility, public heritage, property damage, constitutionality, conventionality.



Introducción

La Constitución Política de 1991 regula en los artículos 113, 117, 119, y a partir del título XI, las disposiciones concernientes a las entidades u organismos de control, con competencia para conocer los asuntos con relación a la vigilancia, seguimiento y buena administración de los recursos públicos en Colombia; es decir, quienes tienen las facultades para ejercer el control fiscal en nuestro país; como la Contraloría General de la República y contralorías territoriales (artículo 267). En ese sentido, centraré la atención en el tratamiento ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los fallos de responsabilidad fiscal, teniendo en cuenta lo regulado en el Acto Legislativo 04 de 2019, el Decreto 403 de 2020, la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021, lo anterior, a efectos de determinar la problemática de que proceso resulta más apropiado a efectos de asegurar la recuperación del patrimonio público en Colombia sin afectar los derechos y garantías de los declarados responsables. Determinando si en efecto el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resulta más garantista, y a la vez asegura la protección y recuperación del patrimonio público.

Acto Legislativo 04 de 2019

Mediante dicho acto se reforma el régimen del control fiscal en Colombia, modificando los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución Política, estableciendo entre otros, que el control judicial de los fallos de responsabilidad tendrá fases y términos procesales exclusivos y concretos, plasmando que el trámite no podrá ser superior a un año, lo anterior a efectos de garantizar la pronta recuperación del patrimonio público. En este también se establece la facultad que tiene la Contraloría

General de la República para ejercer un control, inclusive, concomitante y preventivo, a efectos de evitar posibles afectaciones económicas al Estado.

Al presidente de la República se le concedió en dicho momento facultades extraordinarias por el término de 6 meses para dictar decretos con fuerza de ley, a efectos de regular el desarrollo del Acto Legislativo 04 de 2019.

Decreto Ley 403 de 2020

Decreto que fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al presidente de la República, para la adecuada ejecución y desarrollo del Acto Legislativo 04 de 2019, a efectos de asegurar el fortalecimiento del control fiscal. A partir del título XV dispone adicionar el artículo 148A a la Ley 1437 de 2011 estableciendo el artículo 152 lo siguiente:

ARTÍCULO. 148A. Control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal. El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal tendrá trámite preferencial respecto de las demás acciones y procesos que conozca la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con excepción de las acciones de tutela, populares preventivas, de grupo, de cumplimiento, del recurso de habeas corpus, del medio de control de nulidad electoral, y del proceso de pérdida de investidura. En todo caso el trámite del control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal, incluida la primera y segunda instancia, no podrá ser superior a un (1) año. Parágrafo. La rama judicial a través de su órgano competente adoptará las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo. Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en el presente artículo aplicará a las demandas que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de este Decreto Ley. Las demandas que estén en curso antes de la vigencia del presente Decreto Ley, continuarán tramitándose conforme al régimen jurídico anterior. (Pública, Decreto 403, 2020).

A renglón seguido en el artículo 153 dispone modificar el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011 así:

ARTÍCULO 125. Control de legalidad. Cuando los órganos de control fiscal adviertan por cualquier medio el quebrantamiento del principio de legalidad, podrán interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes y, en ejercicio de estas acciones, solicitar las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes (Pública, Decreto 403, 2020)

De este modo, quedó establecido el carácter especial y el tratamiento preferencial que tienen el control judicial de los fallos de responsabilidad fiscal, atendiendo a la urgencia y necesidad de asegurar la reparación del daño causado, el cual implica una afectación generalmente monetaria, la cual influye en el correcto funcionamiento del Estado. En ese sentido, adquiere gran importancia el ejercicio del control fiscal, en el cual es necesario indagar, adelantar y justificar no solo en el procedimiento, sino que este también sea objeto de conocimiento por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a efectos de que brinde garantías en doble vía, esto es, que en efecto se garantice la recuperación del patrimonio del estado sin vulnerar los derechos y garantías fundamentales de los que han sido declarados fiscalmente responsables. Finalmente, el operador judicial es quien tiene el conocimiento del ordenamiento jurídico de manera integral, que le permite determinar si el proceso cuenta con plenas garantías para ambas partes.

Referente al Control Fiscal, María Teresa Zuluaga Botero (2017) en su trabajo final como requisito parcial para optar por el título de magister en Derecho denominado “Proceso de Responsabilidad hoy en Colombia: falencias estructurales para el estado social y democrático de derecho” cita:

En este sentido, Mazo Giraldo considera, que el Control Fiscal debe ir, más allá de verificar, que no se haya realizado desvío de los recursos públicos hacia los patrimonios individuales o si hubo

o no malgasto de los mismos, pues, es necesario que éste permita constatar que se haya realizado una distribución equitativa de los recursos públicos entre regiones y entre grupos sociales. Por tanto, este principio está ligado a la política. Si las decisiones sobre cómo se distribuyen los recursos del Estado y sobre qué sectores deben destinarse mayores esfuerzos fiscales, son decisiones políticas; y si las autoridades de Control Fiscal deben valorar estas decisiones y, partiendo de ellas, evaluar la gestión y los resultados, fuerza es concluir que el nuevo concepto Control Fiscal involucra un componente de política, que no puede confundirse con la política partidista.

Por su parte, Ángela Andrea Villací Castrillón y Fabio Fernando Arroyave Vivas en su tesis de grado para optar por el título de magister en gobierno y políticas públicas denominado “Funcionalidades del Control Fiscal en Colombia” manifiestan que “El control fiscal, fiscaliza la adecuada utilización y gestión eficiente de los recursos públicos, es una medida de lucha frente a posibles hechos de corrupción, de ahí la importancia de evaluar su funcionalidad” (2017).

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la presidencia mediante el Decreto Ley 403 de 2020, se expide en enero 25 de 2021 la Ley 2080, la cual modifica y adiciona disposiciones normativas a la Ley 1437 de 2011. Para tal efecto nos detendremos a exponer cuál era el tratamiento judicial de los fallos de responsabilidad fiscal con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que reforma el CPACA.

Ley 1437 de 2011 vs Ley 2080 de 2021

La Ley 1437 de 2011, Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 137 plasma sobre el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho lo siguiente:

ARTÍCULO 138. “Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado

en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.” (Ley 1437 de 2011)

Asimismo, podrá argüir la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel (Ley 1437 de 2011).

En ese sentido, con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, el control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal se realizaba por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior, teniendo en cuenta que los fallos que declaraban tal responsabilidad se consideraban que creaban una situación jurídica adversa, contraria, opuesta y desfavorable, de la cual se podía solicitar que quedara sin validez en el mundo jurídico, fundando pruebas y argumentos que permitiesen incluso el restablecimiento de los derechos vulnerados, si así debidamente se lograba sustentar, como también ordenar cesar el trámite de cobro coactivo ente otros. Este tipo de procesos tenían etapas procesales que le permitían al interesado ejercer de manera plena su derecho de defensa, puesto que contaban con mecanismos propios para tal fin, podían perfectamente desde la presentación de la demanda exponer sus argumentos, solicitar la suspensión de un acto administrativo, aportar, solicitar y controvertir pruebas, recurrir decisiones dentro del proceso y demás garantías establecidas en la normativa administrativa.

Con relación al mencionado medio de control (nulidad y restablecimiento del derecho) se evidencian los siguientes pronunciamientos judiciales:

Tribunal Administrativo del Cauca, expediente 19001333300420120013 601, (Fajardo, 23 01 2015) por medio del cual:

Declara la Nulidad de los actos Proferidos por la Contraloría del Cauca dentro del proceso de responsabilidad fiscal, por configurarse la falsa motivación del acto que los sancionó y por otro lado a título de restablecimiento del derecho se ordenó que la entidad demandada se abstuviera de la ejecución impuesta a Walberto Sinisterra Segura, Amparo Mercy García Sinisterra y Mauro Tomás García Sinisterra. Además, si han realizado pago, éste sea devuelto indexado.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, cuyo magistrado ponente es Alberto Yepes Barreiro, con radicado No. 76001-23-31-009- 2007-00152-01, (Consejo de Estado, 01 03 2018) demandado Municipio de Santiago de Cali, Contraloría General de dicho territorio, por la cual “declara la nulidad parcial en lo que atañe a la responsabilidad fiscal de Julián Sepúlveda García y no a los demás responsables fiscales, lo anterior, surtido de un análisis particular de las circunstancias de dicha persona”.

Otro ejemplo es el caso de Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Contraloría Distrital de Bogotá, el cual incluso llegó a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien mediante pronunciamiento del 06 de febrero de 2019 especificó:

(...) a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce control judicial sobre los actos administrativos que puedan afectar derechos de los particulares. Esto incluye tanto fallos de responsabilidad fiscal

expedidos por la Contraloría General de la República en contra de funcionarios públicos, como actos de juzgamiento disciplinario de la Procuraduría General de la Nación. El Estado anotó que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce un control judicial pleno e integral sobre los actos administrativos, que abarca la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los mismos (Humanos, 2019).

En lo que respecta al control automático de legalidad se especifica:

El artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, especifica:

Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento” (Ley 1437 de 2011).

Se precisa que el control automático de legalidad guarda su carácter de ser:

- Un proceso judicial (lo cual quiere decir que por dicha naturaleza este tiene la vocación de terminar con sentencia).
- Es automático e inmediato (una vez se expide, este debe ser remitido, enviado para su control so pena de conocimiento oficioso).
- Es autónomo e independiente aunque aún no se haya demandado su constitucionalidad ante la Corte, se puede conocer, estudiar y decidir sobre su legalidad.

- Es integral, puesto que supone un examen exhaustivo de su legalidad, incluyendo competencia, factores determinantes como la motivación y el fin mismo del acto.

Se señalan las anteriores características a efectos de que no se confunda el control automático con ocasión a estados de anormalidad (decretos legislativos y sus derivados) con el control inmediato de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, toda vez que los primeros tienen una naturaleza de carácter transitoria con ocasión a la situación que dio origen al estado de excepción (guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, social, ecológica), no obstante los segundos guardan una vocación de ser permanentes, es decir con un carácter estable, esto significa que el legislador con este nuevo control modifica la manera en la cual se conocerán dichos casos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el trámite procedimental de estos.

Control automático de legalidad de los fallos de Responsabilidad Fiscal

La Ley 2080 de 2021, introdujo modificaciones sustanciales y procesales así pues en el artículo 23 y 45 adicionó el control automático de legalidad para los fallos con responsabilidad fiscal estableciendo:

Artículo 23 el cual adicional el artículo 136 A a la Ley 1437 de 2011:

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.” (Ley 1437 de 2011).

En lo que respecta al aspecto procesal el artículo 45 de la ley 2080 de 2021, adicional el artículo 185A a la Ley 1437 de 2011 así:

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. 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.
3. La sala de decisión proferirá sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes al registro del proyecto de fallo, que incluirá, entre otros, el control de legalidad sobre la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales la cual se entenderá suspendida hasta el momento en que sea proferida

la sentencia respectiva. Sí 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. (Ley 1437 de 2011)

Frente a dicha adición se han presentado debates en lo concerniente a establecer si con la nueva disposición normativa se garantiza plenamente los derechos de aquellas personas que han sido declaradas responsables a través de un fallo de responsabilidad fiscal.

Con ocasión a lo anterior, es decir, en lo que respecta concretamente al control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, existen pronunciamientos judiciales de parte del Consejo de Estado en el siguiente sentido:

Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Providencia judicial del 05 de marzo de 2021, radicado No. 11001-03-15-000-2020-01293-00, Consejero Ponente Guillermo Sánchez Luque:

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el

control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la LEEE, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (Consejo de Estado S. d., 05 03 2021).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sala Especial de Decisión No. 7 Providencia del 28 de abril de 2021, radicado No. 11001-03-15-000-2021-01175-00, Consejero Ponente Martín Bermúdez Muñoz.

En dicho pronunciamiento el consejero afirma que las adiciones efectuadas a través de la Ley 2080 de 2021, desconocen preceptos constitucionales en el siguiente sentido:

A juicio del Despacho las dos disposiciones anteriores desconocen la función constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la que le corresponde juzgar los actos de la administración, restablecer los derechos de los particulares y disponer la reparación de los perjuicios que se les causen con tales actos. El ejercicio de dicha función comporta el deber de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y el derecho fundamental al debido proceso, que implica el derecho de acudir ante el juez (determinado en la ley) para que éste que resuelva sus pretensiones conforme con lo previsto en las normas legales. Solo de este modo puede considerarse que nos encontramos en un Estado de derecho en el cual los ciudadanos, tengan el mismo tratamiento ante la ley, puedan demandar los actos de la administración, y cuenten con la garantía de un juez imparcial que resuelva sus pretensiones en condiciones de igualdad. (“...”)

El control inmediato de legalidad sobre el acto administrativo particular que contiene el fallo de responsabilidad fiscal No. 08 del 18 de diciembre de 2020, en el cual se declara responsables a las personas anteriormente mencionadas desconoce el derecho de los afectados con la decisión a impugnar la citada decisión mediante la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (“...”)

El control inmediato de legalidad también priva a las personas afectadas con el fallo remitido de la posibilidad de

solicitar el restablecimiento de sus derechos o reclamar el pago de los perjuicios que tal decisión les hubiere podido causar, los cuales podrían reclamar en ejercicio de la acción procedente contra los actos particulares, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho. El procedimiento regulado en artículo 45 de la Ley 2080 no garantiza el acceso a la administración de justicia de los afectados con el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, lo que genera una violación al derecho a la igualdad, frente a la posibilidad que tienen todas las personas de impugnar los actos que le afecten. Las normas cuya aplicación se excepciona en la presente providencia le dan a los afectados con el fallo remitido para control automático de legalidad, que de acuerdo con la ley son los titulares de la acción de nulidad y restablecimiento para defender sus derechos, el tratamiento de interviniente en un procedimiento de naturaleza pública (Consejo de Estado S. P., 28 04 2021).

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejo de Estado.
Providencia del 09 de junio de 2021 radicado No. 11001-03-15-000-2021-01175-01(A), Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Respecto de la solicitud de unificación de jurisprudencia:

En el marco del control automático de legalidad sobre el 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, el consejero de Estado Martín Bermúdez Muñoz de la Sala Especial de Decisión n.º 7, mediante auto del 28 de abril de 2021, resolvió no avocar conocimiento del asunto, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. 10. Dicha decisión fue recurrida en reposición, y subsidiariamente en súplica, por la Contraloría General de la República, entidad que, además de exponer argumentos para que sea revocada la providencia impugnada, solicitó que el tema sea resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo consagrado en el artículo 271 del CPACA, debido a la importancia jurídica que reviste la definición de los alcances constitucionales

de este nuevo medio de control. 11. El consejero de Estado Martín Bermúdez Muñoz resolvió el recurso de reposición confirmando la providencia impugnada y determinó remitir el expediente a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para que estudie la posibilidad de avocar conocimiento del asunto en virtud de la norma antes mencionada. (“...”) En cuya parte Resolutiva numeral tercero resuelve: Avocar conocimiento del asunto para emitir auto de unificación acerca de la aplicación de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 sobre el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal (Consejo de Estado S. P., 09 06 2021).

Providencia de Unificación Jurisprudencial AIJ-01-2021 del 29 de junio de 2021, del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Por medio del cual inaplican las normas objeto del presente estudio indicando:

confirmó la decisión de inaplicar los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, que introdujeron el medio de control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ser incompatibles con la Constitución y con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Inicialmente, la Sala Plena señaló que la regulación del mencionado control automático de legalidad viola el artículo 29 de la Constitución sobre el debido proceso y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto de las garantías judiciales que deben ser otorgadas a todas las personas, toda vez que, a quienes fueron declarados responsables fiscalmente, no se les permite presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra en este trámite de control automático. Del mismo modo, sostuvo que el nuevo medio de control es incompatible con los artículos 229 y 90 de la Constitución y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho de acceso a la administración de justicia, a la reparación integral del daño y a la tutela judicial efectiva. Lo anterior porque en la medida en que, a quien es

declarado fiscalmente responsable, no se le da la oportunidad de formular pretensiones tales como el restablecimiento de aquellos derechos que le hayan sido vulnerados por la eventual ilegalidad del acto administrativo con responsabilidad fiscal y la indemnización de los perjuicios causados con este. En igual sentido, la Sala Plena consideró que las normas sobre el control automático de legalidad violan el artículo 238 de la Constitución sobre la facultad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos y los artículos 13 de la Carta y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el principio de igualdad. Finalmente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo indicó que este medio de control no cumple en sentido estricto los parámetros de convencionalidad previstos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020 (caso Petro Urrego vs Colombia). (Consejo de Estado S. P., Control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal, s.f.)

Para entender el control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal y la vulneración a las disposiciones constitucionales y convencionales se expondrá a continuación los argumentos objetos del presente debate:

Respecto del debido proceso: artículo 29 de la Constitución Política:

Se presenta una infracción al derecho al debido proceso ya que no le permite al sancionado fiscalmente solicitar la nulidad y el restablecimiento de sus derechos u otro mecanismo o medio de control, puesto que de manera exclusiva solo se realiza un control de legalidad del acto administrativo que lo declara responsable fiscalmente. En ese sentido, le impide solicitar la indemnización de perjuicios, puesto que no se contempla. De otro lado, impide el ejercicio efectivo del derecho de contradicción, el cual hace parte o integra el derecho de defensa, incluido este en el debido proceso, puesto que si bien existe una etapa procesal

para la práctica de pruebas por el término de 10 días (potestativo, discrecional o facultativo), no se encuentra de manera expresa que exista la posibilidad de controvertir tal decisión, no se tiene el derecho de réplica en dicho sentido, así como tampoco se tiene el derecho presentar los recursos correspondientes cuando se niegue la practica o decreto de las mismas. Se precisa que responsabilidad fiscal no es un asunto cuyo análisis sea de puro derecho, sino todo lo contrario, se requiere un análisis completo y exhaustivo con elementos probatorios que permitan dilucidar si en efecto la decisión que se adoptó fue la correcta o no.

El concepto de Ministerio Público tampoco no avala que el declarado responsable pueda ejecutar su derecho de contradicción, lo anterior debido a que quien conoce de las situaciones de época, modo y lugar, así como las pruebas, es directamente el sancionado. Aunque exista una etapa procesal para que cualquier ciudadano pueda intervenir en la legalidad del acto, ello no asegura que se ejerza la defensa de un caso del cual no tiene comprensión, por cuanto no participó en las etapas procesales propias de este.

Respecto del concepto de derogatoria:

Si bien, no se contempla como una derogatoria expresa respecto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho u otro medio de control (de los fallos de responsabilidad fiscal), si se configura una derogatoria tácita entendida esta por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 11001-03-06-000-2008-00080-00 (1928) del 20 de noviembre de 2008, cuyo Consejero ponente fue Gustavo Aponte Santos:

En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento el precepto legal, desde el momento en que así lo disponga el legislador. Por su parte, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad de lo regulado en la nueva ley frente a la que antes regía. Para determinar su ocurrencia, se

hace necesaria la interpretación de ambas leyes, lo cual permite establecer si la ley anterior es insubsistente total o parcialmente (Consejo de Estado S. d., 20 11 2008).

En ese sentido, se incurre en una derogatoria tácita al contemplar de manera específica, particular y concreta un medio de control o figura jurídica, determinado y exclusivo para los fallos de responsabilidad fiscal, la cual es erróneamente el control automático de legalidad. Generando, en ese sentido, una incongruencia que degenera en la no aplicación de otros medios de control ya que para el tema en particular se contemplan de manera clara y específica el control inmediato de legalidad, asimismo crea etapas procesales especiales, particulares y concretas para este nuevo control. Dejando sin vigencia el procedimiento anterior.

Si bien las normas gozan del carácter de la presunción de constitucionalidad, estas admiten prueba en contrario y se pueden refutar.

Respecto de otras precisiones constitucionales y convencionales:

El control automático de legalidad obliga a los sancionados fiscalmente a soportar una decisión judicial que no pueden controvertir, en dicho sentido imponen una carga que no les corresponde aguantar. Ello traduciría en el desequilibrio de los sancionados fiscalmente frente las cargas públicas. Motivo por el cual, el Estado puede ser forzado a reparar los daños que ocasione a sus administrados por ello, el legislador en este caso previó una figura o control específico determinado, concretó para los fallos de responsabilidad fiscal cual es el control automático de legalidad, situación que se traduce en que mediante dicho mecanismo el declarado responsable no pueda acceder a otras acciones tales como la nulidad y restablecimiento del derecho, en ese sentido no puede acceder a la admiración de justicia para hacer valer sus intereses mediante otro mecanismo, le impone injustamente la obligación de conformarse con un fallo que únicamente se limita a establecer si un acto fue legal o no,

imponiéndole que se conforme con un procedimiento que no le garantiza sus derechos fundamentales.

En concordancia con lo expuesto también se encuentra el artículo 8 y 25 de la CADH en correlación con el artículo 93 de la Constitución el cual establece que hacen parte del bloque constitucionalidad aquellos tratados o convenios ratificados por Colombia que reconozcan los derechos humanos, siendo objeto de control interno. El Estado debe garantizar que dichas disposiciones se respeten y garanticen. Se establece en dicho artículo que el deber de los Estados parte, es decir, la obligación del Estado colombiano de respetar y garantizar los derechos tales como el Derecho de las garantías judiciales. En ese sentido, toda persona tiene derecho a ser oída conforme las debidas garantías por un juez o tribunal competente, asimismo, tiene derecho a que se le conceda el tiempo y los medios necesarios para ejercer su derecho de defensa, el derecho de interrogar, el derecho de solicitar peritos, el derecho de recurrir un fallo ante juez o tribunal superior, entre otros. Asuntos que no se garantizan con la nueva disposición normativa.

El legislador, con la inclusión de la figura del control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, efectúa todo lo contrario a lo dispuesto en las directrices internacionales, puesto que con dicho mecanismo no respeta el derecho de la persona sancionada fiscalmente de ser escuchada ya que no le permite ejercer su derecho de defensa dejando al arbitrio y discrecionalidad del operador judicial el practicar o no pruebas. No existe una etapa procesal que le permita exponer o recurrir tan siquiera la solicitud del decreto o práctica de pruebas, así mismo le obliga a someterse a un fallo que no se analiza de manera integral, puesto que su análisis solo se centra en la legalidad de un acto.

En ese sentido, tampoco se garantiza la protección judicial. Para el caso en concreto, los artículos 23 y 45 limita el ejercicio de garantías judiciales a los ciudadanos.

El control automático de los fallos de responsabilidad fiscal cierra la posibilidad de acceder a los administrados la posibilidad de demandar a través de otros medios de control judiciales, con miras a que se les

atienda en un proceso con las plenas garantías y las razones por las cuales consideran que un fallo o acto no es ajustado a derecho.

El control automático de legalidad va en contra de la naturaleza misma de los fallos de responsabilidad fiscal, no se puede limitar de manera exclusiva al simple análisis de legalidad puesto que ello sería desconocer otro tipo de derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Se señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la facultad de suspender de manera provisional, de acuerdo con lo establecido en la ley, los sucesos administrativos que sean susceptibles de oposición vía judicial, sin embargo, las normas citadas impiden el ejercicio de dicha medida por limitar el acceso al sancionado al juicio automático de legalidad.

Para concluir, no resulta correcto que una decisión en sede de control automático de legalidad tenga efectos erga omnes, puesto que los fallos de responsabilidad fiscal afectan de manera concreta y particular a un ciudadano o personas determinables, no a la colectividad.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional

El día 16 de marzo de 2022, la honorable Corte Constitucional a través de sus redes sociales, mediante comunicado expuso que mediante las sentencias C-090 y C-091 de 2022, que había declarado inconstitucionales con efectos hacia el pasado, el control automático e integral de los fallos de responsabilidad fiscal por quebrantar el derecho al acceso a la administración de justicia en condiciones de equivalencia, allí mismo manifestó que el presidente de la República extralimitó la competencia legislativa conferida por el Congreso, al establecer normas para el desarrollo e implementación del acto legislativo cuatro de dos mil diecinueve y con este el reforzamiento del control fiscal en Colombia.

Resultados

Se Consultó a algunas Contralorías Departamentales y Municipales a efectos de determinar el tratamiento jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal con ocasión al control automático de legalidad, entidades que emitieron pronunciamiento del siguiente modo:

1. **Contraloría de Caldas:**

Indica que no se han proferido fallos con responsabilidad fiscal. Motivo por el cual, no se han remitido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. **Contraloría de Guainía:**

Indica que no se han enviado fallos de responsabilidad fiscal a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Arguye que la Contraloría Departamental de Guainía acogió el procedimiento cuya finalidad es garantizar el acceso a la administración de justicia y el derecho al debido proceso, dando cumplimiento a la Ley 2080 de 2021, según lo estipulado en el artículo 23 y 45. Por lo cual adoptó mediante la Resolución No. 086 del 03 de junio de 2021, un nuevo trámite dentro del proceso administrativo sancionatorio fiscal en la contraloría de su territorio.

3. **Contraloría de la Guajira:**

Indica que se han ventilado 04 expedientes con responsabilidad fiscal ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a efectos de que surta el control automático. En ninguno de los casos se avocó conocimiento.

En observaciones indica: no avocar conocimiento y no darle trámite ante la jurisdicción contenciosa, la entidad no puede solicitar la inserción en el boletín de responsables fiscales, lo que impide que en muchos casos los implicados de manera pronta decidan pagar el fallo impuesto, ya que no existe ninguna posibilidad para seguir contratando y ejerciendo funciones públicas.

4. Contraloría de Sincelejo:

No ha enviado ningún fallo con responsabilidad fiscal a conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo.

5. Contraloría de Dosquebradas:

Indica que en el último año no se han emitido fallos con responsabilidad fiscal.

6. Contraloría de Girón:

Indica que no se han proferido fallos con responsabilidad fiscal, motivo por el cual, no se han remitido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

7. Contraloría de Pereira:

Indica que durante la vigencia 2021, ningún fallo con responsabilidad fiscal ha sido objeto de control automático de legalidad. Arguye que con anterioridad al auto de unificación del Consejo de Estado los fallos con responsabilidad fiscal proferidos, surtieron el grado de consulta.

8. Contraloría de Villavicencio:

Indica que se han remitido 03 expedientes al Tribunal Contencioso Administrativo del Meta. Frente a estos la Jurisdicción decidió no avocar conocimiento.

9. Contraloría de Yumbo:

Indica que se han remitido 02 expedientes con responsabilidad fiscal, ante el cual el Tribunal Administrativo del Valle decidió no avocar conocimiento. Arguye que una vez ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal, se realiza la remisión al Tribunal, cuando este se recibe se remiten los oficios pertinentes para la fijación en el boletín de responsables fiscales, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y se traslada el título ejecutivo a la jurisdicción coactiva.

10. Contraloría de Itagüí:

Indica que no se ha proferido ningún fallo con responsabilidad fiscal ejecutoriado.

En ese sentido, si bien algunas Contralorías no han emitido fallos con responsabilidad fiscal, aquellas que lo han hecho han enviado lo pertinente a la Jurisdicción, quienes se han acogido a no avocar conocimiento siguiendo el lineamiento del Consejo de Estado, no obstante, llama la atención de la creación del nuevo trámite de parte del ente territorial lo cual puede dar lugar a inseguridad jurídica que pueda afectar el patrimonio público, asimismo otra entidad manifestó que no le ha sido posible la inclusión en el boletín de responsables fiscales por lo cual, las personas no pagan a tiempo los fallos impuestos. Así las cosas, con la expedición de dicha normatividad han sido más las dificultades jurídicas y operativas que reales soluciones a la problemática de referencia.

Conclusiones

Una vez concluido el presente estudio y teniendo en cuenta los resultados de este, se determinó, que si bien, el Estado colombiano debe asegurar que no se generen afectaciones al patrimonio público y en el evento de que estas sucedan se tomen medidas rápidas que permitan la recuperación de este. Ello no puede degenerar que se expidan normas que sean abiertamente inconstitucionales, ni que vayan en contravía de las disposiciones convencionales, puesto que ello conllevaría a que más adelante se enfrente a demandas nacionales e internacionales de las cuales no pueda sustentar una defensa correcta y se vea obligado a indemnizar los perjuicios de una situación que el mismo creó. En ese sentido, se deben ofrecer unas garantías en ambas vías, esto quiere decir que se garantice la efectiva recuperación del patrimonio público, garantizando a su vez que se respeten los derechos fundamentales del administrado y de las personas que han sido declarados responsables fiscalmente. De esta manera, se confirma la hipótesis planteada frente al alcance de la nulidad y restablecimiento del derecho vs el control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, se precisa que el primero ofrece unas garantías en las cuales se exponen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es decir, tantos los fundamentos fácticos y jurídicos respecto de una contienda que versa sobre si la decisión que adoptó la Contraloría fue correcta o no, con

plenas garantías procesales, para ambas partes, si bien, en el proceso de nulidad no se establece unas etapas específicas y únicas para los fallos de responsabilidad fiscal, si surte las etapas propias y naturales de un proceso de carácter administrativo, en el cual se garantiza el derecho a ser oído, el saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas, la fijación del litigio, el derecho de aportar de recurrir pruebas, presentar alegatos de conclusión, el derecho a obtener un fallo y recurrir este.

Pese a que uno de los fines para efectuar la modificación e inclusión del control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, fue el hecho de que este iba a implicar ahorro de tiempo, disminuyendo fases procesales y ordenando que la decisión se adoptara rápidamente, dicho afán no puede traducir en responsabilidad del estado que conlleve incluso a que su mismo patrimonio se vea afectado.

Asimismo, teniendo en cuenta los pronunciamientos de las Contralorías departamentales y municipales descritas en los resultados, la mayoría de ellas se ha acogido al auto de Unificación del Consejo de Estado, algunos no han tenido casos con responsabilidad fiscal por ende no han remitido documentación en ese sentido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, otros han emitido dichos fallos, no obstante el Tribunal del territorio decide no avocar conocimiento con ocasión a la directriz del CE. Asimismo, exponen que dicha medida no ayuda ni beneficia o mejora la situación en el evento de que los declarados responsables paguen de manera pronta el fallo impuesto.

No obstante, llama la atención el pronunciamiento de una Contraloría territorial frente al cual manifiesta que mediante Resolución No. 086 del 03 de junio de 2021, decidió o adoptó un nuevo trámite dentro del proceso administrativo sancionatorio en su territorio.

La anterior situación conllevaría a que no se manejen disposiciones jurídicas ni procedimentales uniformes lo cual degeneraría en inseguridad jurídica, situación que tampoco asegura la efectiva recuperación del patrimonio público ni del respecto de los derechos y garantías fundamentales de los perjudicados.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, queda claro que el nuevo procedimiento fue expedido de manera inconstitucional, confirmado ello por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, si bien nuestro ordenamiento jurídico actualmente cuenta con medios de control que, si garantizan la recuperación del patrimonio público y el respeto de las garantías fundamentales, se debe ser cuidadoso al expedir normas que pueden llegar a afectar tanto a la administración como a los administrados. Debiéndose reforzar las políticas de vigilancia, control y buen manejo de los recursos de un modo más estricto y certero.

Referencias

- Villací, A. (2017). *Funcionalidad del Control Fiscal en Colombia*. (U. Nacional, Ed.) Obtenido de https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/675/JI_A-spa-2017-Funcionalidad_del_control_fisc_al_en_Colombia.pdf?sequence=1
- Consejo de Estado, S. d. (01 03 2018). *Nulidad y restablecimiento del derecho fallo de segunda instancia*. Bogotá. Obtenido de <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/tables5/F76001233100020070015201%20AYB.pdf>
- Consejo de Estado, S. d. (05 03 2021). *Control inmediato de legalidad*. Bogotá. Obtenido de https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2021/05/RetiC_esantias.pdf
- Consejo de Estado, S. d. (19 06 2020). *nulidad y restablecimiento del derecho de fallos con responsabilidad fiscal*. Bogotá. Obtenido de https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/image/s/Jurisprudencia/Whatsapp_20_20/RESPONSABILIDAD_FISCAL.pdf
- Consejo de Estado, S. d. (20 11 2008). *Derogatoria tácita y expresa. Vigilancia de la gestión fiscal*. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/P_DF/11001-03-06-000-2008-00080-00\(1928\)-09.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/P_DF/11001-03-06-000-2008-00080-00(1928)-09.pdf)
- Consejo de estado, S. P. (05 03 2012). *Hufo Fernando Bastidas Barcenás*. Bogotá. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/10_0/AC/11001-03-15-000-2010-00369-00\(CA\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/10_0/AC/11001-03-15-000-2010-00369-00(CA).pdf)

- Consejo de Estado, S. P. (09 06 2021). *Control automático de legalidad*. Bogotá. Obtenido de <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/244/11001-03-15-000-2021-01175-01.pdf>
- Consejo de Estado, S. P. (28 04 2021). *Control Automático de legalidad*. Bogotá. Obtenido de https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/04/1266_110010315000202101175001autoqueseabs20210429145640.pdf
- Consejo de Estado, S. P. (s.f.). *Control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal*. Obtenido de <https://www.consejodeestado.gov.co/news/sala-plena-contenciosa-confirmacion-aplicacion-de-las-normas-que-regulan-el-control-automatico-de-legalidad-de-los-fallos-con-responsabilidad-fiscal/>
- Fajardo, T. (2015). *Nulidad y restablecimiento del derecho de fallo con responsabilidad fiscal*. Obtenido de file:///C:/Users/karen_000/Downloads/19001333300420120013601.pdf.
- Humanos, C. I. (2019). *Solicitud de medidas provisionales, caso Petro vs Colombia*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/petrourengo_se_01.pdf
- Pública, D. A. (2020). Decreto 403. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110374>
- Pública, D. A. (s.f.). Ley 1437 de 2011. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Pública, D. A. (s.f.). Ley 1437 de 2011. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Zuluaga, M. (2017). *Proceso de Responsabilidad Fiscal hoy en Colombia: Falencias estructurales para el estado social y democrática de derecho*. Obtenido de <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/59188/PROCESO%20DE%20RESPONSABILIDAD%20FISCAL%20EN%20COLOMBIA%20FALENCIAS%20ESTRUCTURALES%20%20PARA%20EL%20ESTADO%20SOCIAL%20Y%20DEMOCRATICO%20DE%20DERECHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>