



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN No. 13

CONSEJERO PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá, quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	Control automático de legalidad
Radicación	11001-03-15-000-2021-07352-00 (10522)
Acto controlado	Fallo Nro. 0009 del 22 de julio de 2021 ¹ , proferido por la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo -Unidad de Responsabilidad Fiscal, Dirección de Investigaciones 2- de la Contraloría General de la República dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal SAE Nro. 2016-01189

Asunto **NO AVOCA CONOCIMIENTO**

En ejercicio de lo previsto en los artículos 125 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante C.P.A.C.A.), modificados por los artículos 20 y 62 de la Ley 2080 de 2021, respectivamente, la Sala Especial de Decisión Nro. 13 procede a decidir si avoca conocimiento del control automático de legalidad de la referencia.

ANTECEDENTES

- 1.- El 15 de abril de 2011 se registró la orden de compra Nro. 579362 con la firma FERRETERÍA CAMACHO Y CIA LTDA -posteriormente, FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S.-, con el objeto de *“COMPRAR TUBERÍA DE ACERO PARA LOS MÚLTIPLES DEL SISTEMA DE RECOLECCIÓN DE LAS ESTACIONES CASTILLA 2 Y ACACÍAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE OPERACIONES CASTILLA CHICHIMENE”* para lo cual se pactó un plazo de entrega que se extendía hasta el 12 de junio de 2011 y un valor de \$1.678.289.819.

ECOPETROL S.A. pagó al proveedor diversos ítems de la orden de compra (los identificados con los números 1, 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12, y, 15) por valor equivalente a \$464.330.077, el cual se canceló en dos pagos parciales a través de las facturas Nro. 26624 del 14 de octubre de 2021, y, 26663 del 30 de noviembre de la misma anualidad.

Pese a ello, los ítems cancelados *“no cumplían con las especificaciones técnicas”* tal como se estableció en el hallazgo Nro. 66 del 12 de diciembre de 2014, realizado al examinar la vigencia fiscal 2013 de ECOPETROL S.A. y en el que la gestión fiscal, representada en el pago parcial mencionado, se calificó como antieconómica².

¹ Confirmado mediante Autos Nro. 1036 del 13 de septiembre de 2021, y URF-1075 del 20 de octubre de la misma anualidad.

² En el hallazgo se consignó lo siguiente: *“EN EL PRESENTE CASO EXISTE DAÑO FISCAL DERIVADO DEL PAGO QUE HIZO ECOPETROL S.A. A FERRETERÍA CAMACHO EN VIRTUD DE LA ORDEN DE COMPRA POR VALOR DE \$ 464.330.077, DADO QUE LOS BIENES QUE PAGÓ NO SE AJUSTABAN A LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS FIJADAS CON ANTELACIÓN A LA FIRMA DE LA ORDEN DE*



- 2.- Mediante Auto Nro. 0896 del 16 de noviembre de 2016, la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva dio apertura al proceso ordinario de responsabilidad SAE Nro. 2016-01189 con ocasión del presunto daño patrimonial sufrido por ECOPETROL S.A. *“por los hechos relacionados con la adquisición de un material consistente en tubería de acero para los múltiples sistemas de recolección de las estaciones castilla 2 y acacias de la superintendencia de operaciones castilla Chichimene, el cual no cumplía con las especificaciones técnicas fijadas con anterioridad a firma de la orden de compra N° 579362 de 20211...”*; afectación patrimonial cuantificada en \$ 464.330.077.

En consecuencia, vinculó como presuntos responsables fiscales a: (i) FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S. en su calidad de beneficiaria de la orden de compra Nro. 579362; (ii) ITANSUCA-PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.S., entidad contratista de ECOPETROL S.A. que recibió los elementos sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la orden de compra plurimencionada; y, (iii) Ludwig Wilson Mejía, servidor de ECOPETROL S.A. que suscribió la orden de compra en calidad de *Coordinador Estratégico de Aceros Compras y Servicios*.

Adicionalmente, dispuso tener como tercero civilmente responsable a la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A., en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento Nro. 82547994000000485 del 18 de febrero de 2011, cuya vigencia se extendió desde el 22 de febrero hasta el 22 de mayo de 2011.

- 3.- Mediante Auto Nro. 0537 del 4 de noviembre de 2020 se ordenó el archivo parcial del proceso de responsabilidad fiscal en favor de Ludwig Aldrin Wilson Mejía, la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A., y FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S.

Al surtirse el grado de consulta ante el Despacho de la Contralora Delegada Intersectorial No. 8 a través del Auto Nro. URF-0666 del 30 de noviembre de 2020 fueron confirmadas las decisiones de archivar el proceso contra LUDWIG ALDRIN WILSON MEJÍA y la desvinculación parcial de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A. y se revocó la decisión respecto de FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.

Como consecuencia de lo anterior, por intermedio del Auto Nro. 0658 del 3 de diciembre de 2020, se ordenó, de una parte, continuar la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal de FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S., y de otra, vincular, en calidad de terceros civilmente responsables, a las compañías (i) ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A. con ocasión de la póliza de calidad y cumplimiento del bien Nro. 825-47-994000000652, y (ii) LA PREVISORA S.A. en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento Nro. 1005654.

- 4.- Posteriormente, a través del Auto Nro. 0712 del 18 de diciembre de 2020, se imputó responsabilidad fiscal en forma solidaria y a título de culpa grave a FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S. e ITANSUCA PROYECTOS DE

COMPRA, LO ANTERIOR SIGNIFICO (sic) QUE NO PUDO UTILIZAR LOS BIENES PARA EL FIN PROPUESTO QUE ERA ATENDER LA EJECUCIÓN DE OBRA CIVIL TAL Y COMO LO DESCRIBE EL OBJETO DE LA ORDEN” (Mayúsculas del original).



INGENIERÍA S.A.S. -hoy SNC-LAVALINCOLOMBIA S.A.S. Y/O ITANSUCA S.A.S.-, y se mantuvo como terceros civilmente responsables a las compañías ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A. y LA PREVISORA S.A. La cuantía del daño fue establecida en la suma de \$406.541.823.

- 5.- El 22 de julio de 2021, la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo -Unidad de Responsabilidad Fiscal, Dirección de Investigaciones 2- dictó el Fallo Nro. 0009; providencia *mixta* por medio del cual (i) se falló con responsabilidad fiscal en contra de la sociedad FERRETERÍA CAMACHO Y CIA. S.A.S., en la suma indexada de \$593.917.350 y (ii) se falló sin responsabilidad fiscal en favor de la sociedad ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.S. -hoy SNC-LAVALINCOLOMBIA S.A.S. Y/O ITANSUCA S.A.S.-.

Adicionalmente, se declaró como tercero civilmente responsable a la compañía ASEGURADORA DE COLOMBIA S.A. y se ordenó la desvinculación de la compañía LA PREVISORA S.A.

- 6.- La anterior decisión fue recurrida por FERRETERIA CAMACHO y la ASEGURADORA SOLIDARIA en reposición y en apelación, los cuales fueron resueltos de manera desfavorable mediante los Autos Nro. 1036 del 13 de septiembre de 2021 y URF-1075 del 20 de octubre de 2021³.

Al surtirse el grado de consulta respecto de la decisión de fallar sin responsabilidad fiscal en favor de la sociedad ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.S. -hoy SNC-LAVALINCOLOMBIA S.A.S. Y/O ITANSUCA S.A.S.-, la misma fue confirmada.

- 7.- El 29 de octubre de 2021⁴, el asunto de la referencia ingresó al despacho de la consejera ponente para que esta Corporación ejerza el control automático de legalidad respecto del Fallo Nro. 0009 del 22 de julio de 2021⁵, proferido por la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo -Unidad de Responsabilidad Fiscal, Dirección de Investigaciones 2- de la Contraloría General de la República dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal SAE Nro. 2016-01189.
- 8.- En escrito radicado el 14 de diciembre de 2021⁶, el magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés adujo como causal de impedimento para conocer del presente asunto la establecida en el numeral 3° del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para el efecto señaló que la causal *“se sustenta en el hecho consistente en que el señor Héctor Jairo Osorio Madieto, hermano de mi cónyuge, se encuentra vinculado a la Contraloría General de la República desde el 12 de septiembre de 2016 y actualmente se desempeña como Asesor II del citado ente de control.” Significa lo anterior, que me une con el doctor Osorio Madieto un vínculo de afinidad en segundo grado de acuerdo con el artículo*

³ Proferido por la Contralora Delegada Intersectorial Nro. 2 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fisca, Intervención Judicial y Cobro Coactivo de la Contraloría General de la República.

⁴ Índice 3 del SAMAI.

⁵ Confirmado mediante Autos Nro. 1036 del 13 de septiembre de 2021, y URF-1075 del 20 de octubre de la misma anualidad.

⁶ Índice 10 del SAMAI.



47 del Código Civil⁷, quien desempeña un cargo de nivel asesor en la Contraloría General de la República, organismo que funge como parte demandada en el presente proceso judicial”.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 2080 de 2021, el Consejo de Estado es competente para conocer el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal que sean proferidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República.

Por su parte, el artículo 107 del C.P.A.C.A. creó las Salas Especiales de Decisión, que se encargan de decidir los procesos sometidos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que esta les encomiende.

En sesión extraordinaria virtual Nro. 1 del 22 de febrero de 2021, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aprobó “[...] asignar los controles automáticos de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal de que tratan los artículos 136A y 185A del CPACA a las salas especiales de decisión, de conformidad con lo previsto, entre otros, en los artículos 29, numeral 3, y 42 del Acuerdo 080 de 2019 [...]”.

Para lo que interesa al caso, y de acuerdo con lo previsto en el literal g) del numeral 2, del artículo 125⁸ del C.P.A.C.A., a las salas, secciones y subsecciones les corresponde dictar, entre otras, las providencias “enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se proferan en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas”.

Las providencias a que aluden los numerales referidos del artículo 243⁹ del C.P.A.C.A. corresponden a las siguientes: (i) la que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo (núm. 1); (ii) el que por cualquier causa le ponga fin al proceso (núm. 2); (iii) el que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales (núm. 3); y, (iv) el que niegue la intervención de terceros (núm. 6).

Así las cosas, las salas, secciones o subsecciones son competentes, entre otras, para proferir en primera instancia las siguientes providencias: (i) el auto que rechace la demanda o su reforma, (ii) el auto que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo; (iii) el auto que por cualquier causa le ponga fin al proceso; (iv) el auto que apruebe o impruebe conciliaciones judiciales; y (v) el auto que niegue la intervención de terceros.

Luego, el auto que no avoca conocimiento del control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal es de competencia de la Sala Especial de Decisión. Primero, porque se trata de una decisión que *pone fin al proceso por*

⁷ «[...] **ARTICULO 47. AFINIDAD LEGÍTIMA.** Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer [...]» (Resalto del original).

⁸ Modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

⁹ Modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021.



cualquier causa: en este caso, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, tal como se explicará más adelante.

Segundo, porque corresponde a una determinación adoptada en un proceso de primera instancia. Recuérdese que la sentencia que define el control automático de los fallos con responsabilidad fiscal es apelable, en los términos establecidos en el artículo 185A¹⁰ del C.P.A.C.A.

En esas condiciones, esta Sala Especial de Decisión es competente para dictar el auto de la referencia, por medio del cual no se avoca el conocimiento del control automático de legalidad del Fallo Nro. 0009 del 22 de julio de 2021¹¹, proferido por la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo -Unidad de Responsabilidad Fiscal, Dirección de Investigaciones 2- de la Contraloría General de la República dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal SAE Nro. 2016-01189, como consecuencia de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, según se explicará más adelante.

2. Configuración de la causal de impedimento.

La Sala Plena de esta corporación ha establecido que las causales de impedimento, por ende, las de recusación, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional asignada al juez, razón por la que dichas causales corresponden única y exclusivamente a las delimitadas por el legislador. En esas condiciones, sobre el particular aplican los principios de taxatividad y de interpretación restrictiva con el fin de impedir que las causales se extiendan a criterio del juez o de las partes a casos no contemplados en la norma correspondiente¹².

Así, en garantía de la imparcialidad en la administración de justicia, es necesario analizar, en cada caso, si las circunstancias alegadas por quien se declara impedido son constitutivas de alguna de las causales previstas en los artículos 141 del Código General del Proceso y 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La causal referida por el consejero Roberto Augusto Serrato se encuentra contenida en el numeral 3 del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

*“Artículo 130. **Causales de impedimentos y recusaciones.** Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:*

(...)

“3. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo

¹⁰ Previsión adicionada por el artículo 45 de la Ley 2080 de 2021.

¹¹ Confirmado mediante Autos Nro. 1036 del 13 de septiembre de 2021, y URF-1075 del 20 de octubre de la misma anualidad.

¹² Al respecto, se pueden consultar providencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 3 de febrero de 2011, rad. 2350-10 y 20 de mayo de 2010, rad. 0875-10, CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila; asimismo, del 13 de diciembre de 2010, rad. 39481, CP. Stella Conto Díaz Del Castillo y de la misma fecha, rad. 39482, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



en una de las entidades públicas que concurran al respectivo proceso en la calidad de parte o de tercero interesado”.

Precisado lo anterior, esta Sala Especial de Decisión considera que se encuentra configurada la causal de impedimento manifestada por el doctor Roberto Augusto Serrato, por cuanto la situación fáctica planteada se enmarca dentro del supuesto contenido en la norma, razón por la cual, a fin de velar por la objetividad de la decisión que deba adoptarse, se aceptará el impedimento.

3. Improcedencia del control automático de responsabilidad fiscal. Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por desconocimiento de las normas convencionales y constitucionales que decían observarse.

El 29 de junio del año en curso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 271 del C.P.A.C.A, dictó, por importancia jurídica, auto de unificación jurisprudencial¹³ en el que se pronunció sobre la constitucionalidad del control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, regulado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021.

La Sala Plena consideró que dicho control es incompatible con la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴, 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.

Por tal razón, la Sala Plena confirmó los autos dictados por el magistrado ponente en primera instancia¹⁵, y 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, en cada caso particular, *“a partir del momento en el que quede en firme el auto que decida declarar la excepción de inconstitucionalidad”*.

Esta Sala Especial de Decisión comparte la decisión adoptada por la Sala Plena de esta Corporación, razón por la cual acoge los argumentos plasmados en el auto de unificación jurisprudencial mencionado. En efecto:

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P.: William Hernández Gómez, auto de unificación jurisprudencial del 29 de junio de 2021, radicado: 11001-03-15-000-2021-01175-01. Providencia cuyo mensaje de datos para la notificación por estados se remitió el 28 de julio de 2021.

¹⁴ En adelante CADH.

¹⁵ A través de los cuales declaró la excepción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, dispuso no avocar el conocimiento del control automático de legalidad de fallos de responsabilidad fiscal.



- a. El **desconocimiento del derecho al debido proceso** se configura por la afectación de la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen.

Esta garantía queda sujeta a la discrecionalidad del juez del medio de control: de una parte, porque no se establece una oportunidad para esos efectos -controvertir, allegar pruebas-; de otra, porque no se previó la posibilidad de recurrir la decisión del juez sobre la existencia, o no, de período probatorio dentro del medio de control automático. Afectaciones que se profundizan al considerar, también, que dentro de la estructura del medio de control no se estableció la etapa procesal para formular alegatos de conclusión.

Sobre el particular, la Sala Plena manifestó lo siguiente:

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

- b. La **afectación del derecho a la administración de justicia** se registra porque al declarado fiscalmente responsable se le otorga el tratamiento de mero interviniente dentro del medio de control automático, razón por la que se afectan los derechos de que es titular: (i) el de acción, porque se le impide la formulación de pretensiones ante una decisión que afecta derechos subjetivos, (ii) el de reparación, porque no es claro que el juez del medio de control automático deba pronunciarse sobre el restablecimiento del derecho y la reparación de daño causado con el acto administrativo contrario a derecho.

Adicionalmente, a la sentencia se le otorgan efectos de cosa juzgada *erga omnes* -esto es, efectos propios del contencioso objetivo de anulación, y no del subjetivo-, sin que existan elementos que justifiquen este tratamiento, como si sucede, por ejemplo, en el medio de control inmediato de legalidad, dispuesto para el control de los actos o medidas de carácter general que, en ejercicio de función administrativa, desarrollen o reglamenten decretos legislativos dictados en estados de excepción.

Al respecto, la Sala Plena señaló:

“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 particular¹⁶, en el que se establece la obligación de pagar una suma líquida de dinero¹⁷, y que por sí solo presta mérito ejecutivo¹⁸.

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**¹⁹

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 excepción²⁰, 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 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

¹⁶ Nota original: 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.

¹⁷ Nota original: 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».

¹⁸ Nota original: 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».

¹⁹ Nota original: 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 [...]».

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

*nulidad simple, con la salvedad de que los reproches deben versar sobre cuestiones distintas a las que se analizaron en el control inmediato²¹. 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.**” (Resalto del original)*

- c. La **vulneración del artículo 238 superior** se presenta porque el declarado fiscalmente responsable, a quien se le concede la calidad de mero interviniente dentro del medio de control automático de fallos con responsabilidad fiscal, no se encuentra habilitado para solicitar la suspensión de los efectos del fallo de responsabilidad fiscal -al tenor de lo previsto en el artículo 229 del C.P.A.C.A., efectos que no se limitan a la inscripción en el Boletín de Responsables Fiscales.

Esa suspensión de los efectos del acto administrativo tampoco procede de oficio, puesto que no se trata de un proceso cuyo propósito sea la protección y/o defensa de derechos y/o intereses colectivos, según lo prevé el artículo 229 del C.P.A.C.P.A.

Con relación a este aspecto, la Sala Plena expresó lo siguiente:

“42. El artículo 238 de la Constitución²² 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 CPACA²³, 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.

²¹ Nota original: 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).

²² Nota original: 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».

²³ Nota original: 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 [...]».



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.”

- d. La **violación del derecho a la igualdad** se deriva de la limitación injustificada de las garantías de las que es titular el declarado fiscalmente responsable en comparación con otros administrados, pues estos últimos pueden hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para hacer valer sus intereses y proteger sus derechos.

Lo anterior, porque el medio de control automático somete a los declarados fiscalmente responsables a un juicio sumario, con desequilibrio procesal (pues no solo deben defenderse de un número indeterminado de intervinientes, sino que se echan de menos etapas procesales relevantes), sin que se observe una justificación válida que amerite esa restricción.

Frente a este punto, la Sala Plena advirtió lo siguiente:

“...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.”

- e. Por último, **el medio de control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal no interpretó en sentido estricto lo dispuesto por la CIDH en la sentencia del 8 de julio de 2020**, caso Petro Urrego vs Colombia. Esto, por cuanto la limitación o restricción de derechos políticos no es impuesta por un juez, ni por autoridad jurisdiccional. Así, en la providencia de unificación se dijo:



“... 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 IDH²⁴, 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) *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”.*

Por lo anterior, en cumplimiento del deber del artículo 4 superior, así como del efecto útil de la CADH, del principio *pacta sunt servanda* y de los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, se inaplican²⁵ los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 y, en consecuencia, esta Sala Especial de Decisión se abstiene de asumir el conocimiento del medio de control de la referencia.

Por lo expuesto, **la Sala Especial de Decisión Nro. 13**

RESUELVE

1. **Declarar fundado** el impedimento manifestado por el magistrado Roberto Augusto Serrato y, en consecuencia, separarlo del conocimiento del presente asunto.
2. **Inaplicar** 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 Humanos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

²⁴ Nota original: 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 [...]».

²⁵ Medida procedente por la contradicción de norma legal con disposiciones superiores. Y es que, como se estableció en el auto de unificación jurisprudencial, el control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal no se fundamenta, directa e inmediatamente, en el artículo 267 constitucional, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019.



3. **No avocar el conocimiento** del control automático de legalidad del Fallo Nro. 0009 del 22 de julio de 2021²⁶, proferido por la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo -Unidad de Responsabilidad Fiscal, Dirección de Investigaciones 2- de la Contraloría General de la República dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal SAE Nro. 2016-01189.
 4. **Devolver** el expediente a la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo de la Contraloría General de la República.
 5. **Disponer** que el término para que opere la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento que procede contra el acto administrativo que declaró la responsabilidad fiscal proferido durante la vigencia de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, tal como lo es el Fallo Nro. 0009 del 22 de julio de 2021²⁷, proferido por la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo -Unidad de Responsabilidad Fiscal, Dirección de Investigaciones 2- de la Contraloría General de la República dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal SAE Nro. 2016-01189, solamente empezará a contar a partir del momento en el que quede en firme el presente auto.
 6. **Notificar** al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto y/o a las direcciones que aparezcan registradas en el proceso de responsabilidad fiscal a quien fue hallado fiscalmente responsable, esto es, la sociedad FERRETERÍA CAMACHO Y CIA. S.A.S., así como la compañía ASEGURADORA DE COLOMBIA S.A. en su calidad de tercero civilmente responsable. Para el efecto, se les darán a conocer los medios digitales a través de los cuales podrán presentar sus intervenciones.
- La comunicación se remitirá igualmente a quienes actuaron como apoderados judiciales de los investigados en el juicio de responsabilidad fiscal.
7. **Notificar** la presente providencia a ECOPETROL S.A., ente titular de los recursos públicos.
 8. **Notificar** la presente providencia a la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo de la Contraloría General de la República.
 9. Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, conceptos, pruebas y demás documentos dirigidos a este trámite judicial, se recibirán en los correos electrónicos de la Secretaría General de la Corporación y de la ventanilla de atención virtual, los cuales serán informados a todos los interesados.

²⁶ Confirmado mediante Autos Nro. 1036 del 13 de septiembre de 2021, y URF-1075 del 20 de octubre de la misma anualidad.

²⁷ Confirmado mediante Autos Nro. 1036 del 13 de septiembre de 2021, y URF-1075 del 20 de octubre de la misma anualidad.



La Secretaría General de la Corporación remitirá la documentación anexada a los correos del magistrado ponente, previa constancia de envío y/o recepción que se incorporará al expediente, en aras de garantizar su autenticidad, integridad y posterior consulta.

10. Publicar la presente providencia en la página web de la Corporación.

Notifíquese y cúmplase,

Se deja constancia que la providencia se discutió y aprobó en sala de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado
Aclara el voto