



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADO PONENTE: OMAR JOAQUÍN BARRETO SUÁREZ

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 1001-03-28-000-2023-00039-00 (ACUMULADO)
1001-03-28-000-2023-00041-00
Demandantes: GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA Y OTRO
Demandado: CARLOS MARIO ZULUAGA PARDO – CONTRALOR
GENERAL DE LA REPÚBLICA ENCARGADO
Temas: Falta de competencia como vicio de nulidad del acto

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Decide la Sala las demandas presentadas por Germán Calderón España y Édison Darío Telésforo González Salguero, en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en contra de la Resolución ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, por la cual se declaró la falta absoluta del titular del cargo de contralor general de la República y, al mismo tiempo, que a partir del 16 de junio de 2023 ocurriría el supuesto de hecho previsto en el parágrafo 1 del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 para que el vicecontralor asumiera las funciones de dicho cargo.

1. ANTECEDENTES

1.1. Expediente 1001-03-28-000-2023-00039-00

1.1.2. Pretensión

En el escrito de demanda presentado por el señor Germán Calderón España se formuló la siguiente pretensión:



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

[s]e declare la nulidad Electoral del acto acusado, Resolución Ordinaria No. ORD-80112 1499 del 15 de junio de 2023 expedida por el Contralor General de la República Carlos Hernán Rodríguez Becerra mediante la cual declaró que “a partir del 16 de junio de 2023 ocurre el supuesto de hecho previsto en el parágrafo 1 del artículo 38 del Decreto Ley 127 de 2000 para que el Vicecontralor Carlos Mario Zuluaga Pardo asuma las funciones de Contralor General de la República, mientras el Congreso de la República efectúa la elección de quien ha de fungir como tal durante el lapso que resta del periodo constitucional previsto para su ejercicio en el artículo 267 de la Constitución Política” por violar el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia.

Así mismo, solicito muy respetuosamente, se decrete la medida cautelar deprecada en el texto de esta demanda.

1.2. Expediente 1001-03-28-000-2023-00041-00

1.2.1. Pretensión

En el escrito de demanda allegado por el señor Édison Darío Telésforo González Salguero se formularon las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare la nulidad electoral de la Resolución No. ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, expedida por el entonces Contralor General de la República, por medio de la cual encargó tácitamente al Contralor General de la República

TERCERA (sic): Que se ordene al Congreso de la República proveer en encargo al Contralor General de la República, mientras se realiza la convocatoria pública para su elección definitiva.

1.3. Hechos comunes

Como fundamento fáctico de las pretensiones expusieron que, mediante auto del 25 de mayo de 2023, la Sección Quinta del Consejo de Estado anuló la elección de Carlos Hernán Rodríguez Becerra como contralor general de la República, periodo 2022-2026.

Indicaron que la sentencia anulatoria de la elección quedó debidamente ejecutoriada el 15 de junio de 2023 y, en esa misma fecha, el contralor general de la República profirió la Resolución ORD-80112-1499, en la cual dispuso:

[...] Declarar la falta absoluta del titular del cargo de Contralor General de la República, a partir del 16 de junio de 2023, por efecto del fallo proferido por la



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del honorable Consejo de Estado, el 25 de mayo de 2023, mediante el cual declaró la nulidad de la elección del Dr. Carlos Hernán Rodríguez Becerra como Contralor General de la República para el periodo 2022-2026.

[...] Declarar que a partir del 16 de junio de 2023 ocurre el supuesto de hecho previsto en el parágrafo 1 del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 para que el Vicecontralor Carlos Mario Zuluaga Pardo asuma las funciones de Contralor General la República, mientras el Congreso de la República efectúa la elección de quien ha de fungir como tal durante el lapso que resta del periodo institucional previsto para su ejercicio en el artículo 267 de la Constitución Política.

En forma posterior, se efectuó la publicación de la resolución en los canales de comunicación y redes sociales de la Contraloría General de la República.

1.4. Normas violadas y concepto de la violación expediente 2023-00039

Según el demandante, el acto cuya nulidad se solicita está viciado de nulidad por quebrantar el inciso 4 del artículo 267 de la Constitución Política, toda vez que fue expedido en forma irregular, con falta de competencia y falsedad en los motivos.

Puntualizó que el contralor saliente, Carlos Rodríguez Becerra, no tenía competencia para encargar al vicecontralor Carlos Mario Zuluaga Pardo para que asumiera las funciones de contralor general de la República, mientras el Congreso de la República procedía a la elección de quien debe fungir por el tiempo que resta del periodo constitucional para su ejercicio, según lo prevé el artículo 267 de la Constitución Política.

Afirmó que la resolución demandada se expidió en forma irregular, toda vez que se sustentó en lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, postulado que contraviene el artículo 267 de la Constitución Política, si se tiene en cuenta que aquel fue derogado por el Acto Legislativo 04 de 2019, según el cual «solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo mayores de 45 días». Adicionalmente, la norma legal es de inferior rango a la constitucional, razón por la cual debe prevalecer el principio de supremacía de la Carta Política.

El cargo de falsedad en los motivos lo estructuró en el sentido de señalar que si bien el artículo 267 de la Constitución Política no regula en forma expresa la provisión de la vacancia definitiva del cargo de contralor, lo cierto es que el mismo



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

numeral 4 establece que solo el Congreso tiene la competencia para proveer el empleo ante las faltas absolutas o temporales.

Indicó que el contralor general de la República no es un juez y, por lo tanto, no tiene la función de interpretar las normas jurídicas, pues se trata de una potestad que les compete a los funcionarios que administran justicia.

1.5. Normas violadas y concepto de la violación expediente 2023-00041

En criterio del demandante, el acto acusado adolece de nulidad por quebrantar los artículos 267 y 268 de la Constitución Política, 35 del Decreto Ley 267 de 2000 y 2.5.2.1 del Decreto Único Reglamentario de 2015, en concordancia con el artículo 302 de la Ley 1564 de 2012.

Adujo que el acto acusado fue expedido sin competencia por el entonces contralor general de la República Carlos Hernán Rodríguez Becerra, toda vez que su elección fue declarada nula mediante sentencia del 25 de mayo de 2023.

Señaló que la facultad para declarar la falta absoluta del cargo de contralor general de la República no está dentro de las funciones atribuidas a ese cargo en los artículos 268 de la Constitución Política y 35 del Decreto Ley 267 de 2000.

Indicó que el contralor saliente tampoco era competente para encargar de sus funciones al vicecontralor, toda vez que esa facultad está atribuida al Congreso de la República por el artículo 267 de la Carta Política.

Adujo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, la falta absoluta o vacancia definitiva de este tipo de cargos opera de pleno derecho cuando se configura cualquiera de las hipótesis contempladas en dicha norma y, según el numeral 11, una de las causales de vacancia definitiva es la declaratoria de nulidad del nombramiento por decisión judicial.

Lo anterior pone de presente que declaró la falta absoluta de su propio cargo encontrándose en ejercicio de este, pues la sentencia que anuló su elección no estaba ejecutoriada, luego no se había materializado la causal para estructurar la vacancia absoluta.

Esgrimió que si bien el párrafo del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, establecía que «mientras el Congreso o el Consejo de Estado, según el caso,



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

efectúe la elección correspondiente, el vicecontralor asumirá las funciones del contralor general», se debe tener en cuenta que con la reforma constitucional al artículo 267 de la Constitución, mediante el Acto Legislativo 04 de 2019, la nominación cambió sustancialmente, lo que implica una derogatoria tácita de aquel postulado. En ese orden, tanto las faltas absolutas como las temporales del contralor general deben ser provistas por el Congreso de la República.

Sostuvo que, si bien es cierto para el 15 de junio de 2023 el señor Rodríguez Becerra todavía fungía como contralor general de la República, en materia de situaciones administrativas solo podía tomar las decisiones relacionadas con los empleados de la entidad que dirigía, pero no sobre su propio empleo. En otros términos, en este caso asumió como nominador de su propio cargo, bajo la figura del encargo.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que él no era su nominador, sino el Congreso de la República de acuerdo con las normas constitucionales, por lo que dicha corporación es la única facultada para proveer sus vacancias.

Manifestó que esta postura fue reconocida por la propia Contraloría General de la República mediante comunicado de prensa 128 del 24 de agosto de 2018, en el que se indicó que «ante las faltas absolutas del contralor, solo el Congreso puede proveer la vacante».

Por otro lado, indicó que el acto está viciado de nulidad por desviación de poder, en la medida en que no se trata de lo que en apariencia se quiere mostrar, sino que, en realidad, la figura empleada fue la del encargo del contralor general.

Mencionó que con la expedición de la resolución acusada no se buscó satisfacer el interés general, sino designar a un funcionario de los afectos del saliente contralor general de la República, nombrado por él mismo.

Además, se pretendía evitar que fuera el Congreso de la República quien nombrara o eligiera en encargo al contralor general mientras se repetía la convocatoria en los términos del artículo 126 de la Constitución Política y la Ley 1904 de 2018.

1.6. Contestaciones de las demandas

En razón a que las contestaciones de las demandas contienen una similar base fáctica y argumentativa, la Sala los relacionará en forma conjunta.



1.6.1. Carlos Mario Zuluaga Pardo

Por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de las demandas, con fundamento en que no se acreditaron los supuestos fácticos y jurídicos que las soportan.

Expuso que la Resolución ORD-80112-1499 contiene una simple declaración de ejecución del fallo que declaró la nulidad de la elección del señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra, como contralor general de la República, por lo que a través de dicho acto el contralor no ejerció facultades nominadoras ni sustituyó al Congreso de la República, quien deberá proveer la falta absoluta; tampoco nombró, encargó ni efectuó una designación *ad hoc*, no proveyó una vacante ni dispuso quién sería su reemplazo.

Adujo que la existencia del acto administrativo demandado no transforma la relevancia jurídica del hecho que en él se exterioriza, toda vez que, con o sin la decisión demandada, por disposición de la ley el vicecontralor debía asumir las funciones de contralor general de la República.

Manifestó que el señor Carlos Mario Zuluaga Pardo es el titular del cargo de vicecontralor y no ha tomado posesión de encargo, designación, nombramiento, suplencia o figura jurídica parecida como contralor general de la República; simplemente, por mandato imperativo del Decreto Ley 267 de 2000, artículo 38, parágrafo 1, debe asumir las funciones de ese puesto mientras que el Congreso de la República cumple con su deber.

Mencionó que el actor omitió algunas situaciones fácticas y jurídicas en su demanda como, por ejemplo, que el señor Zuluaga Pardo fue designado vicecontralor general de la República mediante Resolución 4310 del 19 de septiembre de 2022, fecha en la cual tomó posesión de ese cargo y en la actualidad lo desempeña.

Además, que el Decreto Ley 267 de 2000 establece como función del vicecontralor reemplazar al contralor general de la República en los términos de dicha norma, por lo que el demandado asumió ese rol en virtud del deber funcional y legal consagrado en el parágrafo 1º del artículo 38 y en el numeral 4 del artículo 47 del referido decreto.

Indicó que es imposible que con el acto demandado se haya desconocido el artículo 267 de la Constitución Política, pues no se eligió ni proveyó el cargo de



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

contralor general de la República; simplemente se ejecutó el fallo de nulidad electoral que dejó vacante en forma definitiva el cargo.

Sostuvo que la Constitución Política no atribuye ni formal ni materialmente al Congreso de la República la potestad de realizar encargos en la Contraloría General de la República ante faltas absolutas.

Destacó que la Resolución ORD-80112-1499-2023 invocó expresamente el artículo 267 de la Constitución Política, por lo que no puede ahora endilgársele una violación directa de la Carta.

Refirió que los artículos 5.6 y 6 del Decreto Ley 267 de 2000, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 35 inciso 2 de la misma norma, le atribuyen especiales competencias al contralor general de la República que fueron ejercidas a través de la resolución demandada.

Adujo que el cargo de desviación de poder no reúne la carga de justificación, razonabilidad ni argumentación exigida en la Ley 1437 de 2011 para su estructuración.

Indicó que el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015 no es una norma aplicable a la Contraloría General de la República, toda vez que aplica a la Rama Ejecutiva y la Contraloría no hace parte de esta.

Reseñó que, según lo establecido en el acta del 16 de junio de 2023, Carlos Mario Zuluaga Pardo, en la condición de vicecontralor general de la República, asumió funciones de contralor general de República, en la medida en que se daban los presupuestos del parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, en concordancia con el manual de funciones del cargo de vicecontralor, de manera que la asunción de funciones no se desprende del acto administrativo demandado.

Sostuvo que no existe contradicción o incompatibilidad alguna entre el texto del artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019 y el parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, pues aunque la diferencia radica en que la facultad de proveer las faltas temporales no radica en el Consejo de Estado, sino en el Congreso de la República, lo cierto es que ninguno de los textos establece los mecanismos para suplir la vacancia del cargo de contralor mientras el segundo provee la falta absoluta.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

Añadió que el argumento referente a que el Congreso de la República es el único facultado para designar al contralor en interinidad o en encargo, conlleva un rompimiento del equilibrio de poderes, toda vez que se le otorgaría una competencia nominadora que no está expresamente contemplada en el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, se abriría el camino para que el Congreso de la República designe a un contralor en encargo con un perfil eminentemente político, sin haber cumplido el trámite constitucional y legal, omitiendo la convocatoria ordenada por la Carta Política, el examen de conocimientos y la conformación de la lista de elegibles. En esas condiciones, el artículo 267 *ibidem* se reduciría a un texto «vacío», dado que se debe tener en cuenta que la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal.

Concluyó con la manifestación atinente a que la asunción de las funciones del contralor general de la República por parte del vicecontralor es un mandato legal que opera de pleno derecho, sin que para el efecto se requiera la declaración o autorización de otra autoridad, por manera que el acto administrativo acusado de ilegal solo se limita a reconocer los aspectos fenomenológicos necesarios para la observancia del precepto legal que regula el supuesto de hecho acaecido.

1.6.2. Contraloría General de la República

Mediante apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto el acto acusado fue expedido con observancia del ordenamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta que su finalidad fue materializar al interior de la entidad los efectos de la sentencia del 25 de mayo de 2023 que declaró la nulidad de la elección del contralor general de la República.

Alegó que, una vez adquirió firmeza el mencionado fallo, el 15 de junio de 2023, el entonces contralor general de la República expidió la Resolución ORD-80112-1499, que declaró la falta absoluta del titular del cargo de contralor general de la República, a partir del 16 de junio de 2023, de manera que la decisión se sustentó en el artículo 267 constitucional y en el artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000.

Advirtió que, comoquiera que no existe regulación expresa para proveer la vacante definitiva mientras el Congreso de la República adelanta el proceso de elección, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución y la Ley 1904 de 2018, se aplicó el artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, esto es, la asunción de funciones por parte del vicecontralor general de la República hasta tanto se



efectúe la elección correspondiente.

Precisó que la resolución cuestionada no dispuso ningún nombramiento en propiedad o por encargo de funciones y, menos aún, buscó suplir la competencia constitucional y legal del Congreso de la República, ya que no hay duda de que este órgano es el que tiene la competencia de proveer el cargo de contralor ante la ocurrencia de una falta absoluta o temporal.

Recordó que el señor Carlos Mario Zuluaga Pardo fue nombrado vicecontralor general de la República mediante la Resolución 4310 del 19 de septiembre de 2022, por lo que, si actualmente se encuentra asumiendo las funciones de contralor general de la República, tal situación no se generó a partir del acto de nombramiento acusado, sino como consecuencia de la sentencia que declaró la nulidad del señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra.

Adujo que mientras se cumplen las etapas previstas en la Ley 1904 de 2019 para proveer de manera definitiva el cargo de contralor general de la República, se debe aplicar el parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, en razón a que la entidad no puede quedar acéfala.

Frente al cargo de falta de competencia, señaló que el señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra, al momento de expedir el acto se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones, toda vez que el 15 de junio de 2023 adquirió firmeza la sentencia anulatoria de su elección, por lo cual la decisión hoy reprochada fue proferida en virtud del ejercicio del cargo.

Por lo tanto, no es cierto que el otrora contralor general de la República haya encargado o ejerciera su facultad nominadora respecto del vicecontralor (hoy con funciones de contralor general de la República), por cuanto en el acto se indicó que la asunción de funciones se configuró a partir de lo dispuesto en el Decreto 267 de 2000, como consecuencia de los efectos del fallo de nulidad electoral.

Puntualizó que el artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 no fue derogado tácitamente por el Acto Legislativo 04 de 2019, pues no hay duda de que la provisión de la vacante definitiva del cargo de contralor general de la República únicamente puede realizarla el Congreso, por manera que no es comprensible el análisis del actor respecto de la derogatoria del parágrafo primero del artículo 38 del Decreto Ley 268 de 2000.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

1.6.3. Congreso de la República

Mediante apoderado, el órgano legislativo señaló que, conforme con el artículo 267 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 1904 de 2018, le corresponde la elección del contralor general de la República.

Expuso que es prioridad del Congreso de la República cumplir con lo ordenado en la sentencia del 25 de mayo de 2023, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que dispuso rehacer todo el proceso a partir de la convocatoria, inclusive, con el fin de elegir al contralor general de la República para lo que resta del período constitucional 2022-2026.

Manifestó que el acto acusado fue proferido por el señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra en la condición de contralor general de la República, decisión en la que no se efectuó ningún nombramiento, un encargo, una delegación o asignación de funciones a un servidor público, pues solo declaró una novedad administrativa, en cumplimiento de una sentencia judicial.

Aseguró que el señor Carlos Mario Zuluaga Pardo, una vez presentada la vacancia absoluta del titular de la Contraloría General de la República, estaba obligado a asumir dichas funciones.

Señaló que solo hasta el 27 de junio de 2023 recibió el oficio 2023-357, suscrito por la secretaria de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el que consta que la sentencia del 25 de mayo del año en curso quedó legalmente ejecutoriada el 26 de junio de 2023, a las 5:00 p.m.

En ese orden, era necesaria la expedición de la Resolución ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, con el fin de tener claridad acerca de la representación legal del organismo de control y de los distintos procesos que adelanta.

Sostuvo que, de acuerdo con el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales de los empleados de planta de personal de la Contraloría General de la República, adoptado por Resolución OGZ-0806 de 2022, una de las funciones del vicecontralor es «representar al Contralor General de la República en todo lo que este determine y remplazarlo en sus ausencias en los términos dispuestos en la normatividad vigente para el cumplimiento de la misión constitucional y legal de la entidad» (...) 13.- Realizar las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo».



1.6.4. David Alonso Roa Salguero – tercero impugnador

En nombre propio, intervino para señalar que el artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 no fue derogado por el Acto Legislativo 04 de 2019, reformativo del artículo 267 de la Constitución Política.

Esgrimió que, desde la promulgación de la Constitución de 1991, el Congreso de la República tiene la competencia para nombrar al contralor general de la República ante las vacancias definitivas; por consiguiente, el parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 siempre ha tenido como parámetro normativo de validez lo dispuesto en el artículo 267 del texto superior, razón por la cual el acto que declaró la asunción de funciones del señor Carlos Mario Zuluaga Pardo como contralor general de la República se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

Afirmó que el artículo 267 de la Carta Política no regula la situación que dio lugar al ejercicio de funciones de contralor general de la República por parte del demandado, pues dicho postulado establece la competencia para elegir en forma definitiva a quien ocupa el cargo en referencia. En ese sentido, es claro que no prevé quién ejerce las funciones del cargo durante el lapso comprendido entre la ocurrencia de la vacancia definitiva y la elección por parte del Congreso de la República, por lo que la regulación de dicho aspecto está contenida en el Decreto Ley 267 de 2000, norma con fuerza material de ley.

Arguyó que la disposición no define la ocurrencia de alguna situación administrativa mientras dura el proceso de elección en el Congreso de la República, es decir, no establece la figura del encargo ni de nombramientos en provisionalidad, sino de la asunción de funciones.

Resaltó que la tesis del demandante atinente a que mientras se provee la vacancia definitiva por parte del Congreso de la República, sea dicho órgano el que nombre a alguien, ya sea en encargo o en provisionalidad, implicaría una reforma de la Constitución y del Decreto Ley 267 de 2000.

Aseguró que la figura de la asunción de funciones de contralor por parte del vicecontralor general de la República tiene distintas ventajas, entre ellas: i) se permite al Congreso de la República que se dedique a elegir al contralor titular; ii) evita que en el escaso tiempo que tiene para ese fin, lo destine a buscar un reemplazo temporal mientras tramita, en forma simultánea, la elección definitiva y, iii) garantiza la continuidad del servicio de la Contraloría General de la



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

República sin traumatismos, si se tiene en cuenta que el vicecontralor es un empleado que conoce la gestión realizada por el contralor.

En relación con el cargo de desviación de poder, manifestó que el acto demandado solo replica, en gran medida, el contenido del parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000. Así pues, si se declara la nulidad dicha decisión se tornaría inane, por cuanto se tendrá que aplicar la norma en mención, que no establece nada diferente a lo señalado en el acto acusado.

1.7. Actuaciones procesales relevantes

1.7.1. Manifestación de impedimento del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

Por auto del 27 de julio de 2023, se declaró fundado el impedimento manifestado por el magistrado Luis Alberto Álvarez Parra, de acuerdo con lo consagrado en los numerales 1º del artículo 141 del Código General del Proceso¹ y 3º del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011², razón por la cual quedó separado del trámite y decisión del presente asunto.

1.7.2. Auto admisorio y decreto de la medida de suspensión provisional

Mediante autos del 27 de julio de 2023, se admitieron las demandas y se decretó la suspensión provisional de la Resolución ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, expedida por el contralor general de la República, «por la cual se declara la ocurrencia de la falta absoluta del titular del cargo de contralor general de la República y, por ende, del supuesto de hecho previsto en la ley para la asunción de funciones por parte del vicecontralor», por cuanto el señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra no tenía competencia para declarar la vacancia definitiva de

¹ «Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

² «Artículo 130. Causales. 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 en una de las entidades públicas que

concurran al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

su cargo ni para designar su reemplazo temporal, en desconocimiento de lo previsto en los artículos 267 y 268 de la Constitución Política.

En las providencias se aclaró que, aunque la resolución demandada fue proferida por un funcionario sin competencia, tal situación irregular no generaba la consecuencia de que el señor Carlos Mario Zuluaga Pardo debía abandonar las funciones del cargo de contralor general de la República que son atribuidas en virtud del párrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000.

En el auto del 27 de julio de 2023, en el expediente 11001-03-28-000-2023-00039-00, también se admitió como tercero impugnador al señor David Alonso Roa Salguero.

1.7.3. Acumulación de procesos

Mediante providencia del 14 de septiembre de 2023, una vez vencido el término para contestar las demandas, de acuerdo con el artículo 282 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se decretó la acumulación de los expedientes 11001-03-28-000-2023-00039-00³ y 11001-03-28-000-2023-00041-00.⁴

En el expediente 2023-00039 se planteó como cargo de la demanda la falta de competencia, según lo establecido en el artículo 137, inciso segundo de la Ley 1437 de 2011; mientras que en el proceso 2023-00041, se propusieron como reproches de nulidad que el acto fue expedido sin competencia, con infracción de las normas en que debería fundarse y con desviación de poder, en los términos de la citada disposición normativa.

1.7.4. Auto que resuelve excepciones previas, fija el litigio, decreta pruebas y dispone dictar sentencia anticipada

A través de proveído del 19 de octubre de 2023, se resolvió acerca de la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el señor Carlos Mario Zuluaga Pardo, en el sentido de declararla no probada, toda vez que a través del acto acusado se designó al funcionario en referencia para asumir las funciones de contralor general de la República, mientras el Congreso adelanta la respectiva convocatoria.

³ Demandante: Germán Calderón España; MP Pedro Pablo Vanegas Gil. Este expediente es el principal.

⁴ Demandante: Édison Darío Telésforo González Salguero; MP Carlos Enrique Moreno Rubio.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

Se advirtió de la procedencia de dictar sentencia anticipada, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, toda vez que se trata de un asunto de pleno derecho y no había pruebas por practicar.

Por lo anterior, con el valor que les asigna la ley se decretaron como pruebas los documentos aportados en las demandas, en las contestaciones y en las oposiciones a la medida cautelar de suspensión provisional.

Asimismo, el litigio quedó fijado en los siguientes términos:

De manera concreta debe determinarse:

- Si el acto demandado incurre en violación del inciso 4 del artículo 267 de la Constitución Política. En este punto debe determinarse si de acuerdo con esta norma, le corresponde al Congreso de la República proveer las faltas absolutas y temporales del cargo de contralor.

De igual forma debe estudiarse si el acto acusado vulnera el artículo 2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 en concordancia con el artículo 302 del CGP, al declarar la ejecutoria de la sentencia sin que se hubiere configurado la misma.

- Si el acto acusado está incurso en falsa motivación, puesto que el parágrafo 1 del artículo 38 del Decreto ley 267 de 2000 no solo es incompatible con la Constitución Política, sino que fue derogado tácitamente por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019.

- Si el acto acusado fue proferido sin competencia, al tenor de lo establecido en el artículo 268 de la Constitución y en el artículo 35 del Decreto Ley 267 de 2000.

- Si el acto demandado fue proferido con desviación de poder, al perseguir intereses particulares con el encargo realizado.

Finalmente, dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el numeral 1º del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021 y del artículo 296 de la misma codificación, y al agente del Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, rindiera concepto.



8. Alegatos de conclusión

8.1. Contraloría General de la República

Alegó de conclusión en el sentido de reiterar que el acto acusado se soportó en los artículos 267 de la Constitución Política y 38 del Decreto Ley 267 de 2000, que establece que solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo mayores de 45 días.

Resaltó que, al presentarse la vacancia definitiva del cargo de contralor con ocasión de la firmeza de la sentencia anulatoria de su elección, y al no existir regulación expresa para proveerla hasta tanto el Congreso de la República adelanta el proceso de elección, según lo establecido en el artículo 267 constitucional y la Ley 1904 de 2018, se aplicó el artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, en cuanto a la figura de la asunción de funciones por parte del vicecontralor mientras se realiza la elección correspondiente.

Lo anterior implica que el acto acusado únicamente materializó la decisión judicial que anuló la elección del titular del cargo de contralor general de la República y, estando el funcionario en ejercicio de las facultades legales conferidas, profirió la decisión en la que indicó acerca de la configuración de la falta absoluta de su cargo y dispuso la asunción de funciones por parte del vicecontralor.

8.2. David Alonso Roa Salguero – tercero impugnador

Presentó escrito de alegaciones para insistir en que el artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 se encuentra vigente y, en razón a que el artículo 267 constitucional no regula la situación que da lugar al ejercicio de funciones de contralor general por parte del vicecontralor, se debía acudir a la figura de la asunción de funciones hasta tanto el Congreso de la República adelante la respectiva convocatoria para proveer la vacancia definitiva del cargo de contralor general de la República.

8. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en los siguientes términos:

Indicó que este asunto se trata de una discusión de pleno derecho, la cual no ha tenido modificación desde el momento en que, mediante auto del 27 de julio de



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

2023, se decretó la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, por lo cual, los argumentos esgrimidos para resolverla se mantienen vigentes, sin que se advierta la introducción de elementos extraordinarios o novedosos que permitan alguna variación en la motivación.

Sostuvo que en el acto acusado sí creó una situación jurídica con efectos electorales, por cuanto, de un lado, dispuso la vacancia del cargo de contralor general de la República a partir del 16 de junio de 2023 y, por el otro, «designó» quién asumiría las funciones como titular del organismo de control y vigilancia fiscal.

En ese orden, el contralor general de la República saliente no tenía competencia para declarar la vacancia definitiva del cargo ni tampoco para designar su reemplazo, lo que implicó un desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 267 y 268 de la Constitución Política y 35 del Decreto Ley 267 de 2000.

Recordó que, según el artículo 267 de la Carta Política, solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo mayores de 45 días, y los artículos 268 constitucional y 35 del Decreto Ley 267 de 2000 determinan las atribuciones del contralor general, entre las que no se encuentra la de hacer una designación de reemplazo o de encargo de su propia vacante, pues ello opera por ministerio de la ley.

Por consiguiente, el acto acusado fue expedido por un funcionario que no tenía competencia, irregularidad que deviene en la nulidad de la decisión, sin que ello implique que el vicecontralor Carlos Mario Pardo Zuluaga abandone las funciones del cargo de contralor general de la República, atribuidas en virtud del parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto 267 de 2000, esto es, por designación del legislador extraordinario.

En punto del cuestionamiento de falsedad en los motivos, sostuvo que, con fundamento en lo decidido en el auto del 27 de julio de 2023, con la reforma constitucional introducida al artículo 267 de la Constitución con el artículo 1º del Acto Legislativo 4 de 2019, el congreso es el único autorizado por la Carta Política para suplir las vacancias temporales y absolutas del contralor, de manera que, en caso de ausencia del contralor general de la República y mientras el Congreso de la República provee la vacante respectiva, el vicecontralor debe asumir las funciones de ese cargo, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

Advirtió que el artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 está vigente y es aplicable respecto de las vacantes del contralor general de la República; tampoco existe contradicción alguna con la reforma constitucional, toda vez que se limitó a suprimir la posibilidad de que sea el Consejo de Estado quien tenga la potestad de suplir las faltas temporales del contralor general y que, por el contrario, el congreso es quien debe proveer las faltas absolutas y temporales del cargo superior a 45 días.

Sostuvo que, eventualmente, podría haber una derogatoria parcial, en atención a la sustracción de competencia del Consejo de Estado en lo que hace al cubrimiento de las faltas temporales del titular del cargo, situación que no tiene incidencia alguna en el caso objeto de análisis.

En relación con el cargo de desviación de poder, añadió que no existe prueba en el proceso que soporte dicha afirmación, pues si bien el contralor saliente actuó sin competencia, dicha infracción no tiene efecto práctico en la realidad, pues lo dispuesto en el acto acusado igual ocurriría al aplicar directamente la ley, si se tiene en cuenta que el vicecontralor debe cumplir con las funciones de contralor general mientras se surte la designación definitiva por parte del Congreso de la República.

Finalmente, en cuanto a la vulneración del artículo 2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015, en concordancia con el artículo 302 del Código General del Proceso, por el hecho de que se declaró la ejecutoria de la sentencia anulatoria de la elección sin que hubiera ocurrido, esgrimió que la primera de las citadas disposiciones no debía tenerse en cuenta para fundar el acto acusado, pues contiene una regulación que rige el sector de la función pública y no se relaciona con la Contraloría General de la República.

Culminó con la manifestación referente a que están dados los elementos de juicio para que se decrete la nulidad de la Resolución ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, sin que ello implique la desvinculación de las funciones que actualmente ejerce Carlos Mario Pardo Zuluaga, toda vez que ellas devienen directamente de la aplicación del Decreto 267 de 2000, norma vigente y aplicable al caso concreto.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

La Sala es competente para decidir en única instancia la presente demanda de nulidad electoral, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011⁵, modificado por el artículo 24 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 13 del acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación⁶.

2.2. El acto acusado

El acto cuya nulidad se cuestiona es el contenido en la Resolución ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, dictado por el entonces contralor general de la República, Carlos Hernán Rodríguez Becerra, por el cual se declaró la falta absoluta del titular del cargo de contralor general de la República, a partir del 16 de junio de 2023, por efecto del fallo proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 25 de mayo de 2023, mediante el cual declaró la nulidad de la elección del citado funcionario, para el periodo 2022-2026.

En esa misma decisión se declaró que, a partir del 16 de junio de 2023, ocurre el supuesto de hecho previsto en el párrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 para que el vicecontralor Carlos Mario Zuluaga Pardo asuma las funciones de contralor general de la República, mientras el Congreso de la

⁵ ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 2080 de 2021. Consultar régimen de vigencia y transición normativa en el artículo 86. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que el reglamento disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

De la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la junta directiva o consejo directivo de los entes autónomos del orden nacional y las comisiones de regulación. Igualmente, de la nulidad del acto de nombramiento del Viceprocurador General de la Nación, del Vicecontralor General de la República, del Vicedefensor General de la Nación y del Vicedefensor del Pueblo.

⁶ Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003).

Artículo 13.- "DISTRIBUCIÓN DE LOS NEGOCIOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Quinta:

(...)

3-. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos".



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

República efectúa la elección de quien ha de fungir como tal durante el lapso que resta del periodo institucional previsto para su ejercicio en el artículo 267 de la Constitución Política.

El texto de la parte resolutive del acto demandado es el siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la falta absoluta del titular del cargo de Contralor General de la República, a partir del 16 de junio de 2023, por efecto del fallo proferido por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del honorable Consejo de Estado, el 25 de mayo de 2023, mediante el cual declaró la nulidad de la elección del Dr. Carlos Hernán Rodríguez Becerra como Contralor General de la República para el periodo 2022-2026.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que a partir del 16 de junio de 2023 ocurre el supuesto de hecho previsto en el parágrafo 1 del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 para que el Vicecontralor Carlos Mario Zuluaga Pardo asuma las funciones de Contralor General de la República, mientras el Congreso de la República efectúa la elección de quien ha de fungir como tal durante el lapso que resta del periodo institucional previsto para su ejercicio en el artículo 267 de la Constitución Política.

ARTÍCULO TERCERO: Comunicar este acto administrativo al Presidente de la Mesa Directiva del Congreso de la República, y difundirlo por los canales de comunicación institucional y las redes sociales de la Contraloría General de la República para conocimiento de la ciudadanía en general.

ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

2.3 Problema jurídico

Conforme con la fijación del litigio efectuada en providencia del 19 de octubre de 2023, corresponde a la Sala determinar si se debe decretar o no la nulidad del acto que declaró la falta absoluta del titular del cargo de contralor general de la República, a partir del 16 de junio de 2016, y que dispuso la asunción de funciones de Carlos Mario Zuluaga Pardo, como contralor general de la República, mientras el Congreso de la República realiza la elección de quien ocupará el cargo por el resto del periodo institucional, según lo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política.

Para el efecto, habrá de establecerse:



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

- Si el acto demandado incurre en violación del inciso 4 del artículo 267 de la Constitución Política. En este punto debe determinarse si de acuerdo con esta norma, le corresponde al Congreso de la República proveer las faltas absolutas y temporales del cargo de contralor.

De igual forma debe estudiarse si el acto acusado vulnera el artículo 2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 en concordancia con el artículo 302 del CGP, al declarar la ejecutoria de la sentencia sin que se hubiere configurado la misma.

- Si el acto acusado está incurso en falsa motivación, puesto que el parágrafo 1 del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000 no solo es incompatible con la Constitución Política, sino que fue derogado tácitamente por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019.

- Si el acto acusado fue proferido sin competencia, al tenor de lo establecido en el artículo 268 de la Constitución y en el artículo 35 del Decreto Ley 267 de 2000.

- Si el acto demandado fue proferido con desviación de poder, al perseguir intereses particulares con el encargo realizado.

2.4. Análisis de las censuras

Para resolver los planteamientos de la demanda, se reiterará la argumentación expuesta en los autos del 27 de julio de 2023, por los cuales se decretó la medida de suspensión provisional, por cuanto en el transcurso del proceso no se propusieron fundamentos jurídicos novedosos ni se aportaron elementos de convicción diferentes que ameriten una variación de la decisión inicialmente adoptada.

En ese contexto, se hará referencia, de manera preliminar, a las normas que regulan la forma de proveer la vacancia absoluta del contralor general de la República.

Uno de los cuestionamientos de las demandas apunta a señalar que el acto acusado fue expedido sin competencia, en tanto el saliente contralor general de la República no podía declarar la falta absoluta de su propio cargo y disponer quién asumiría sus funciones, a partir del 16 de junio de 2023.

Al respecto, se tiene que la forma de proveer el cargo de contralor general de la República está prevista en el artículo 267 de la Constitución Política, en los



siguientes términos:

ARTÍCULO 267. Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 4 de 2019.

La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

[...]

El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

Solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo mayores de 45 días [...].
(se resalta).

En cuanto a las funciones del contralor general de la República, el artículo 268 constitucional establece las siguientes:

ARTICULO 268. Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.
2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.
3. Llevar un registro de la deuda pública de la nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.
4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.
6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.
7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.
8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios.
9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.
10. Proveer mediante concurso público los empleos de carrera de la entidad creados por ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en ese ente de control.
11. Presentar informes al Congreso de la República y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.
12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; y dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal.
13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

14. Intervenir en los casos excepcionales previstos por la ley en las funciones de vigilancia y control de competencia de las Contralorías Territoriales. Dicha intervención podrá ser solicitada por el gobernante local, la corporación de elección popular del respectivo ente territorial, una comisión permanente del Congreso de la República, la ciudadanía mediante cualquiera de los mecanismos de participación ciudadana, la propia contraloría territorial o las demás que defina la ley.

15. Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General de la Nación.

16. Ejercer, directamente o a través de los servidores públicos de la entidad, las funciones de policía judicial que se requieran en ejercicio de la vigilancia y control fiscal en todas sus modalidades. La ley reglamentará la materia.

17. Imponer sanciones desde multa hasta suspensión a quienes omitan la obligación de suministrar información o impidan u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y control fiscal, o incumplan las obligaciones fiscales previstas en la ley. Así mismo a los representantes de las entidades que, con dolo o culpa grave, no obtengan el fenecimiento de las cuentas o concepto o calificación favorable en los procedimientos equivalentes para aquellas entidades no obligadas a rendir cuenta, durante dos (2) períodos fiscales consecutivos.

18. Las demás que señale la ley.

Ahora bien, el Decreto Ley 267 de 2000, «por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones», consagra en el artículo 38 que corresponde al Congreso de la República proveer las faltas absolutas del contralor general de la República y al Consejo de Estado las faltas temporales.

Según el párrafo 1º de dicho texto normativo, mientras el Congreso o el Consejo de Estado, según el caso, efectúe la elección correspondiente, el vicecontralor asumirá las funciones del contralor general.

La disposición es clara al establecer que ante la configuración de la vacancia del cargo de contralor y mientras el Congreso de la República o el Consejo de Estado realizan la elección, según la competencia asignada, las funciones de dicho cargo las debe asumir el vicecontralor.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

La finalidad de la asunción de funciones por parte del vicecontralor durante el interregno en que se efectúa la elección definitiva del titular del cargo, es la continuidad de la prestación del servicio de control fiscal para que no quede en vilo mientras se provee la vacante.

Es importante señalar que el artículo 267 de la Constitución Política fue modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, en el sentido de disponer, para lo que atañe a este asunto, que las vacancias del cargo de contralor, tanto temporales como definitivas, deben ser provistas por el Congreso de la República previa convocatoria pública, en los siguientes términos:

El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

Solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo mayores de 45 días.

De la lectura del texto, se advierte que la reforma constitucional implicó que la competencia para proveer las faltas temporales y absolutas del contralor esté atribuida en forma exclusiva al Congreso de la República.

Así pues, contrario a lo sostenido en las demandas, el acto no está viciado de falsa motivación, ya que la reforma no generó como consecuencia la derogatoria tácita del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, postulado que se encuentra vigente y, en esa medida, es aplicable al caso porque no se evidencia alguna contradicción con la disposición objeto de reforma.

Lo anterior, sobre la base de considerar que la modificación se circunscribió a eliminar la potestad del Consejo de Estado de suplir las faltas temporales del contralor general y a establecer que el congreso debe proveer las absolutas y temporales superiores a cuarenta y cinco días.

En esa medida, para que no se afecte la prestación del servicio y mientras el congreso realiza el trámite respectivo para proveer en forma definitiva la vacante del cargo de contralor, las funciones de dicho empleo deben ser asumidas por el vicecontralor, en virtud del parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto 267 de 2000.

Se debe tener en cuenta que, «para poder proveer de manera definitiva la



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

vacante del contralor general, es necesario cumplir con las exigencias contenidas en la Ley 1904 del 2018, que regula las etapas del concurso que se debe adelantar con ese fin, pero también que, en ese entretanto, la entidad no puede quedar acéfala y debe darse aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 1º. del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000»⁷.

La asunción de funciones es concordante con una de las atribuciones del vicecontralor, consignadas en el artículo 47.4⁸ del citado decreto, que se refiere a la de representar al contralor en todo lo que este determine y reemplazarlo en sus ausencias, en los términos dispuestos en el artículo 38 de esa disposición normativa.

No obstante, para que el vicecontralor asuma las funciones del contralor ante una de las modalidades de vacancia no se requiere la expedición de acto administrativo alguno, habida cuenta de que la asunción temporal de esas atribuciones opera de pleno derecho.

En igual sentido, respecto de la decisión de declarar la vacancia de su cargo, se advierte que tampoco era necesario que el saliente contralor hiciera ninguna manifestación, toda vez que esa situación se generaría con la simple ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad de su elección.

En tales condiciones, encuentra la Sala que, en efecto, el señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra no tenía la capacidad legal para declarar la vacancia definitiva de su cargo ni para designar su reemplazo temporal, circunstancia que permite concluir que incurrió en una extralimitación de las funciones constitucionalmente atribuidas, es decir, actuó por fuera de los linderos del principio de legalidad y, en esa medida, se evidencia el desconocimiento de los artículos 267 y 268 de la Carta Política y 35 del Decreto Ley 267 de 2000.

Con todo, se destaca que el hecho de que haya proferido el acto objeto de censura sin competencia no implica que el vicecontralor, ahora demandado, deba dejar las funciones que asumió, sobre la base de considerar que, como se explicó, la asunción de las referidas atribuciones de contralor general de la

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta; exp. 2023-00039, auto del 27 de julio de 2023, MP Pedro Pablo Vanegas Gil.

⁸ ARTÍCULO 47. Despacho y funciones del Vicecontralor. Corresponde al Despacho del Vicecontralor, con la colaboración y coordinación del funcionario designado al efecto, prestar y suministrar en forma efectiva los servicios de apoyo inmediato que requiera el Vicecontralor, con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

República opera *ipso iure*. En otros términos, independientemente de que el saliente contralor haya proferido la resolución cuya nulidad se solicita, de todas formas, el vicecontralor debía asumir las funciones de contralor general de la República por mandato legal.

Adicionalmente, se precisa que, contrario a lo sostenido en el escrito de la demanda, con la decisión cuestionada no se aplicó la figura del encargo, toda vez que en forma concreta el contralor saliente -sin competencia- declaró la vacancia absoluta de su cargo con ocasión del fallo anulatorio de su elección y, como consecuencia de ello, indicó que el vicecontralor debía asumir las funciones propias del contralor general de la República, con fundamento en lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto Ley 267 de 2000, sin que de tales manifestaciones se infiera que se hubiera provisto el cargo mediante encargo.

En cuanto hace al cargo de desviación de poder, se recuerda que la actividad de la administración es eminentemente teleológica, por lo que este vicio de ilegalidad se presenta cuando una autoridad administrativa u órgano del Estado en ejercicio de sus funciones y competencias utiliza sus poderes o facultades para expedir decisiones contrarias a los fines u objetivos que le han sido atribuidos, amparándose en la legalidad formal del acto⁹. Esta causal de nulidad se da cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino, o cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que, en todo caso, es distinto del autorizado o señalado por la norma.

En ese orden, para la configuración del vicio de desviación de poder se requerirá acreditar que el agente estatal al manifestar la voluntad unilateral de la administración persiguió un fin distinto a la satisfacción de los intereses públicos.

A partir de lo expuesto, la Sala encuentra que, del análisis de los elementos de prueba aportados al proceso, no se demostró que con la expedición del acto acusado existiera una finalidad contraria al interés general, que para la parte actora se configura por haber «designado» el contralor saliente al vicecontralor,

⁹ Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de julio de 2012, exp. 05001-23-31-000-2000-02797-01, MP María Elizabeth García González; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de junio de 2012, exp. 66001-23-31-000-1998-00645-01, MP Marco Antonio Velilla Moreno; Consejo de Estado, Sección Quinta, radicación 11001-03-28-000-2020-00085-00, auto del 16 de diciembre de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate. Consejo de Estado, Sección Quinta, exp. 23001-23-33-000-2020-00004-02, sentencia del 9 de septiembre de 2021, MP Luis Alberto Álvarez Parra.



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

quien, a su vez, fue nombrado por él, pues, si bien es cierto se vulneró el principio de legalidad al actuar sin competencia, dicha irregularidad no tiene ninguna repercusión o incidencia en cuanto a la materialización de la asunción de atribuciones por parte del vicecontralor, en razón a que esa figura iba a ocurrir al aplicar directamente la ley.

En relación con la censura atinente al desconocimiento del artículo 2.2.5.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, se advierte que dicha norma no resulta aplicable al caso concreto, toda vez que rige el sector de la Función Pública y la Contraloría General de la República no hace parte de este, además, cuenta con regulación propia y especial contenida en el Decreto 617 de 2022 [p]or el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones], razón por la cual, el planteamiento esbozado no tiene vocación de prosperidad.

Finalmente, en cuanto al desconocimiento del artículo 302 de la Ley 1564 de 2012, en razón a que con el acto acusado se declaró la ejecutoria de la sentencia del 25 de mayo de 2023 sin que se hubiere configurado esa circunstancia, se pone de presente que dicho aspecto carece de relevancia para el análisis de legalidad que le corresponde realizar a la Sala, toda vez que, se reitera, independientemente de que se hubiera hecho tal manifestación en la decisión cuestionada, lo cierto es que únicamente cuando adquiriera firmeza el fallo que anuló la elección del contralor general de la República, el vicecontralor debía asumir las funciones que legalmente le corresponden, en virtud del parágrafo 1º del artículo 38 del Decreto 267 de 2000.

Por consiguiente, la Sala declarará la nulidad de la Resolución ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, expedida por el entonces contralor general de la República, por falta de competencia, con la precisión de que los efectos de la nulidad no se extienden a la asunción de funciones del vicecontralor Carlo Mario Zuluaga Pardo, la cual se dio en virtud de la ley ante la vacancia definitiva del cargo de contralor general de la República del señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra, debido a la anulación de su elección como contralor general de la República, mediante sentencia del 25 de mayo de 2023, que, en todo caso, precedió a la firmeza de dicha decisión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



Demandantes: Germán Calderón España y otro
Demandado: Carlos Mario Zuluaga Pardo
Rad: 11001-03-28-000-2023-00039-00 (acumulado)

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución ORD-80112-1499 del 15 de junio de 2023, proferida por el señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra, mientras fungió como contralor general de la República, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OMAR JOAQUÍN BARRETO SUÁREZ
Magistrado

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Conjuez

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.