

C-103-15

Sentencia C-103/15

NORMAS SOBRE ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Función de advertencia sobre operaciones o procesos en ejecución para prevenir graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer control posterior sobre los hechos así identificados resulta inconstitucional/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Control posterior/MODALIDAD DE CONTROL FISCAL PREVIO REPRESENTADA EN LA FUNCION DE ADVERTENCIA-Constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que establecen el carácter posterior del control fiscal y la prohibición de coadministración

La Sala concluye que la función de advertencia que dicha norma atribuye a la Contraloría General de la República, si bien apunta al logro de objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a esta entidad, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo 267 de la Constitución, el cual encuentra dos límites claros en (i) el carácter posterior y no previo que debe tener la labor fiscalizadora de la Contraloría y, de otro lado, (ii) en la prohibición de que sus actuaciones supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control. (...) Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

CONTROL FISCAL EN LA CONSTITUCION DE 1991-Jurisprudencia constitucional/SISTEMA DE CONTROL FISCAL PREVIO QUE OPERABA BAJO EL MARCO CONSTITUCIONAL ANTERIOR Y RAZONES DEL CONSTITUYENTE PARA DECANTARSE POR UN CONTROL DE CARACTER POSTERIOR, SELECTIVO, AMPLIO E INTEGRAL-Diferencias/CONTROL FISCAL-Transformaciones en el modelo constitucional/CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Posterior, selectivo e integral

CONTROL FISCAL-Carácter amplio

CONTROL FISCAL-Comprende un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y la evaluación del control interno

CONTROL FISCAL-Naturaleza

CONTROL FISCAL-Alcance según el principio de interpretación conforme con la Constitución/CONTROL FISCAL-Contemplar supuestos de exclusión cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles

Contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de

recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.

CONTROL FISCAL EXTERNO Y MECANISMOS DE CONTROL INTERNO-Diferencias y el carácter complementario

CARACTER POSTERIOR DE CONTROL FISCAL ATRIBUIDO A LA CONTRALORIA-Jurisprudencia constitucional/CARACTER POSTERIOR DE CONTROL FISCAL ATRIBUIDO A LA CONTRALORIA-Significado y alcance

CARACTER POSTERIOR DE CONTROL FISCAL ATRIBUIDO A LA CONTRALORIA-Momentos diferenciados que comprende

En la sentencia C-557 de 2009, este Tribunal precisó que el control posterior de la gestión fiscal comprende dos actividades o momentos diferenciados: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal: “En cuanto a los momentos del control fiscal la jurisprudencia constitucional ha expuesto que el control fiscal, el cual es posterior y selectivo, se desarrolla en dos momentos diferenciados que sin embargo se encuentran entre sí claramente vinculados, el primero de los cuales resulta necesario y obligado, mientras que el segundo tiene un carácter derivado. Así, en un primer momento, las contralorías de todos los órdenes llevan a cabo la labor de vigilancia propiamente dicha, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con la ley. Esta primera labor se desarrolla mediante la práctica de auditorías sobre los sujetos sometidos al control fiscal selectivo. A partir de este seguimiento se produce la formulación de las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, e incluso, las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados. En un segundo momento, y si de la labor de vigilancia primeramente practicada surgen elementos de juicio a partir de los cuales se pueden inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, se inicia el proceso de responsabilidad fiscal, orientado a ‘obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa’”.

CONTROL FISCAL-Necesidad de armonizar el carácter posterior y selectivo con la integralidad

CONTRALORIAS-Prohibición de atribuir funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización/ATRIBUCION DE AUTONOMIA ORGANICA Y FUNCIONAL A LA CONTRALORIA-Doble propósito

El sentido de esta prohibición fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-189 de 1998, al destacar que la atribución de autonomía orgánica y funcional a la Contraloría tiene el doble propósito de garantizar la efectividad del control fiscal, y a la vez

evitar que dicha entidad se inmiscuya en las actividades administrativas de las entidades sometidas a control. Al respecto se afirma que: “Esta autonomía funcional y orgánica de las contralorías no sólo tiene como finalidad fortalecer el control fiscal sino también hacer frente a las disfuncionalidades que dicho control puede generar, por lo cual la Carta pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración. Por ello la Constitución no sólo “termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo” sino que dispone que la Contraloría no “tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización” (CP art. 267, inciso 4º), precepto que, como bien lo señaló durante la vigencia de la anterior Constitución la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, y también lo ha establecido esta Corte Constitucional, es una limitación más que otra cosa. El significado de esa norma es entonces que la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores.

Referencia: Expediente D-10404

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7º del artículo 5 del 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”.

Demandante: Marcela Monroy Torres

Magistrada sustanciadora:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. La ciudadana Marcela Monroy Torres instauró acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 7º del artículo 5 del 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”. Argumenta que el contenido normativo expresado en esta disposición vulnera el artículo 267 de la Constitución, en particular lo establecido en sus incisos 2º, 3º y 4º.

2. Mediante auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil catorce (2014) se admitió la

demanda y se dispuso comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, a los Ministerios de Justicia y del Derecho, del Interior, a la Contraloría General de la República, y a las Facultades de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Universidad Libre de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de Antioquia. Asimismo, se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación y fijar en lista la norma acusada para efectos de la intervención ciudadana, según lo estipulado en el artículo 7o del Decreto 2067 de 1991.

3. Cumplidos los trámites constitucionales y legales, propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

4. El texto demandado se transcribe a continuación:

“DECRETO 267 DE 2000

(Febrero 22)

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.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 1° de la ley 573 del 7 de Febrero del 2000 y previo concepto del Contralor General de la República,

DECRETA

Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República:

7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.

(...)

III. DEMANDA

5. La ciudadana Monroy Torres formula dos cargos contra la norma acusada:

5.1. Cargo por vulneración de los incisos segundo y tercero del artículo 267 Constitucional. Considera que la norma demandada al establecer en cabeza de la Contraloría General de la República el denominado control de advertencia o función de advertencia, la faculta para intervenir de manera preventiva en la ejecución de los recursos públicos. Para la demandante “el control fiscal en Colombia, por disposición expresa de la constitución

Política, es posterior, y se ejerce respecto de la gestión los resultados del gasto público, lo que significa que el ordenamiento jurídico nacional no puede permitir que la Contraloría General ejerza sus funciones de manera preventiva, como funcionario de advertencia, ante supuestos graves riesgos para el patrimonio público”.

En su concepto, la Constitución de 1991 excluyó la figura del control previo, existente en la Constitución de 1886 por considerarla ineficaz para la preservación del patrimonio público y nociva, en la medida en que se convirtió en un sistema de co-administración arbitraria “que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas (Gaceta Constitucional NQ 53 pág.19)”, tal y como lo cita la accionante, al traer como argumento las discusiones presentadas al interior de la Asamblea Nacional Constituyente frente a la figura del control fiscal.

Cita además varias sentencias[1] de esta Corporación con el fin de soportar su punto sobre la inexistencia de un control previo por parte de los entes de control y argumentar, en cambio, que desde la Constitución de 1991 se estableció el control posterior y selectivo. Adiciona que “[r]epárese que la Corte delimita esa frontera a la que nos referimos previamente. La Contraloría empieza su función allí donde culmina la de la Administración, por lo menos en lo que tiene que ver con el compromiso de los recursos públicos. Es cuando la Administración ejecuta el gasto que la Contraloría puede intervenir [...]”. Este control posterior opera entonces una vez ejecutadas las operaciones, actividades y procesos que serán objeto del mismo y, por tanto, recae sobre los resultados de la gestión fiscal llevada a cabo por la administración.

En ese orden de ideas, sostiene que la función de advertencia que la norma demandada atribuye a la Contraloría resulta inconstitucional en tanto introduce una modalidad de control que es previa a la ejecución del gasto. Explica que la propia disposición acusada distingue dos momentos del control: (i) una primera etapa donde se advierte sobre las operaciones o procesos en ejecución que puedan implicar grave riesgo al patrimonio público; (ii) un control posterior sobre las operaciones o procesos previamente examinados en ejercicio de la función de advertencia. A juicio de la accionante, el primera de estas etapas tiene un carácter cautelar que se opone al artículo 267 constitucional.

5.2. Cargo por vulneración del inciso cuarto del artículo 267 Constitucional. La demandante plantea que existe una expresa prohibición constitucional de que la Contraloría tenga funciones administrativas distintas a aquellas propias de su organización. Esta prohibición es infringida cuando la norma acusada “autoriza a dicho organismo para que intervenga en la toma de las decisiones administrativas de las entidades sometidas a control”.

Aclara que el control de advertencia o función de advertencia, no es una forma directa de toma de decisiones administrativas por parte de la Contraloría pero sí, una forma de intervención en las mismas. Agrega que “[l]a descalificación previa de opciones administrativas es, sin más, actividad administrativa”.

Concluye que, “[e]l control previo es coadministración porque, aunque no implica la adopción de decisiones positivas, si anula, descalifica, delimita y canaliza las posibles decisiones administrativas que deben adoptar las autoridades competentes”. Considera que “[n]o es, pues una presencia neutra la que la Contraloría ejerce en las etapas previas a la

ejecución del gasto. Su imagen constante en las etapas previas condiciona la libertad de los entes administrativos y constituye, por esta vía, un ejercicio negativo de la administración”.

5.3. La demandante finaliza planteando que la supresión de esta facultad de la Contraloría no implica desprotección del patrimonio público, pues para tal efecto el constituyente en el artículo 269 de la Carta atribuyó a las entidades públicas la obligación de diseñar y aplicar mecanismos de control interno. Así las cosas, “[d]ado que el sistema jurídico tiene mecanismos cautelares que permiten proteger el patrimonio público dentro de las propias entidades, no es válido el argumento que sugiere que la inexistencia de un control de advertencia desgarnecería el patrimonio del Estado”.

IV. INTERVENCIONES

Contraloría General de la República

6. La Directora de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República[2] solicita a la Corte inhibirse de proferir fallo de fondo debido a la ineptitud sustantiva de la demanda; de manera subsidiaria, pide que se declare la exequibilidad de la norma acusada.

7. A juicio de la interviniente, la acusación no fue sustentada en debida forma, por cuanto: (i) falta claridad en la exposición de los argumentos; (ii) los motivos de inconstitucionalidad responden más al propio criterio de la accionante, que a razonamientos válidos y fundados en la existencia de una contraposición entre la norma demandada y la Constitución; (iii) las razones de la demanda resultan vagas y abstractas; (iv) los reproches “no están afincados en la inconstitucionalidad de la norma, sino en el desarrollo jurisprudencial a partir del cambio normativo traído por la Constitución de 1991”.

8. Entretanto, para sustentar la constitucionalidad de la norma acusada, la apoderada de la Contraloría introduce algunos elementos históricos y de derecho comparado sobre los distintos modelos de control fiscal, con el propósito de caracterizar el que, luego de un amplio debate, fue finalmente adoptado en la Constitución de 1991. Sobre esta base, la interviniente ofrece los siguientes argumentos para defender la compatibilidad de la función de advertencia con las características del control fiscal que el constituyente encomendó a la Contraloría:

8.1. Asevera que la función de advertencia constituye “una función excepcional que deviene de la atribución marco de la vigilancia de la gestión fiscal” establecida en el artículo 119 Superior. Difiere, por tanto, del sistema de control fiscal propio del ejercicio posterior y selectivo establecido en el artículo 267 de la Carta, siendo este último “en donde se concreta y materializan en estricto rigor constitucional y legal nuestros pronunciamientos y dictámenes”. El carácter excepcional de la función de advertencia, y su aplicación únicamente en casos especiales, se corrobora al advertir que tal competencia está radicada exclusivamente en el Contralor General de la República y en los Contralores Delegados para la Vigilancia Fiscal Sectorial, en aquellos casos que por su relevancia o impacto fiscal así lo requieran.

8.2. La función de advertencia no implica un ejercicio de control previo sobre el manejo de

los recursos públicos, pues aquella se limita a indicar los posibles riesgos que pueden derivarse de una operación en curso. Con ella no se interfiere en las decisiones de la entidad administrativa a quien se dirige la advertencia, en tanto esta última es libre de atenderla; esto último sin perjuicio del control posterior que corresponde llevar a cabo sobre las operaciones que han sido objeto de advertencia, el cual puede dar como resultado una investigación fiscal, la formulación de un plan de mejoramiento para posteriores ejercicios auditores, o bien la conclusión de que los hechos que fueron objeto de advertencia no tenían incidencia jurídico fiscal.

8.3. La función de advertencia no supone un ejercicio de coadministración, en tanto los pronunciamientos efectuados en ejercicio de la misma deben “estar desprovistos de alocuciones indicadoras de acciones que debe o debería tomar la administración o el gestor fiscal para superar o minimizar el riesgo o amenaza”. Asimismo, los llamados a través de los cuales se materializa la función de advertencia no constituyen actos administrativos susceptibles de control constitucional, sino “sencillamente una alerta para que la administración evalúe en forma precisa y detallada el impacto económico que pudiese devenir de las actuaciones que realiza”.[3]

8.4. A manera de ejemplo, la apoderada de la Contraloría ilustra la importancia de la función de advertencia a propósito de algunos hechos conocidos por la opinión pública, como el llamado “Carrusel de las Pensiones”, algunas advertencias efectuadas en el sector salud, las Industrias Licoreras de los Departamentos, el Sistema General de Regalías y la venta de Telecom. Sostiene que en estos casos la Contraloría, a través de las funciones de advertencia, no hizo cosa distinta a la de advertir una situación que consideró irregular y asumir una actitud preventiva, en aras de la protección del erario. Asimismo, destaca la importancia creciente que ha cobrado el ejercicio de esta función, para lo cual compara el monto de las funciones de advertencia ejercidas por los dos últimos Contralores. Según los datos que ofrece, el ejercicio de la función de advertencia se incrementó en un 490% en el período 2010 - 2014, en relación con lo reportado en el cuatrienio 2006 - 2010.

8.5. Por lo anterior, concluye que la función de advertencia prevista en la norma acusada es una herramienta de gran importancia para realizar los fines constitucionales del control fiscal, erradicar la corrupción y contribuir al buen manejo de los recursos públicos. Asimismo, se trata de una función necesaria para hacer efectivas otros instrumentos de control, como el previsto en el artículo 127 de la Ley 1474 de 2011[4], donde se impone a la Auditoría General de la República tener en cuenta, entre otros elementos, las advertencias efectuadas por la Contraloría.

8.6. Por último, precisa que la disposición demandada no infringe la prohibición de asignar a la Contraloría funciones distintas a las que son inherentes a su propia organización, por cuanto esta última no debe ser interpretada en el sentido de impedir al legislador disponer para aquella entidad funciones adicionales a las previstas en la Constitución, siempre que estas no riñan con el esquema de control posterior y selectivo. En tanto la norma acusada no es incompatible con este modelo de control fiscal, y por el contrario lo facilita y optimiza, no vulnera lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 267 de la Carta.

9. El Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre y uno de los profesores de la Facultad de Derecho de la misma institución, presentaron un escrito en el que solicitan a la Corte declarar inexecutable la disposición acusada.[5]

10. Argumentan que, de la simple confrontación entre la disposición acusada y la norma superior, se advierte la inconstitucionalidad, por cuanto se establece una función de advertencia que “so pretexto de prevenir graves riesgos [...] descontextualiza la actividad de la Contraloría, al establecerle una labor no prevista en la Constitución” y que además puede implicar la interferencia con el quehacer propio de la administración y el desconocimiento de los principios que orientan la función administrativa, en particular los de eficacia, economía e imparcialidad, así como el principio establecido en el artículo 121 de la Constitución.

Universidad Externado de Colombia

12. El Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia intervino para solicitar a la Corte la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.[6] Explica que la eliminación del control previo en la Constitución de 1991, “no significó una completa prohibición para realizar controles de advertencia, a pesar de los efectos ‘psicológicos’ que ello pudiere tener sobre los funcionarios ordenadores del gasto”.

Esto último por cuanto a través de la función de advertencia se materializa el principio de colaboración armónica, sin que ello degenerare en una coadministración, como lo sostiene la demandante. Finalmente, sostiene que la Corte Constitucional, en sentencia C-967 de 2012[7], a manera de obiter avaló la constitucionalidad de la función de advertencia que lleva a cabo la Contraloría, al entenderlo como una forma de colaboración armónica entre los poderes públicos.

Intervención ciudadana

13. Dentro del término de fijación en lista, los ciudadanos Jeyson Andrés Zárate Castañeda, Fabián Andrés Alfonso Granados, Susana Carolina Pérez Correa y María Fernanda Romero Bello, solicitaron a la Corte declarar constitucional la disposición acusada.[8]

Sostienen que la función de advertencia no constituye una modalidad de control previo, puesto que aquella “no es vinculante pero es necesaria para prever grandes riesgos que comprometan el patrimonio público”. Luego de citar diversos conceptos sobre la naturaleza de la función de advertencia, concluyen que dicha atribución “es de carácter excepcional y se aplica solo cuando las circunstancias así lo ameriten bajo parámetros estrictos” y “se encuentra en concordancia con la función de vigilancia que ejerce la Contraloría General de la República”. Con fundamento en lo anterior, desestiman los cargos formulados en la demanda.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

14. El Procurador General de la Nación, mediante concepto No 5833,[9] solicitó a la Corte Constitucional declarar executable la norma acusada.

Considera la Vista Fiscal que la función de advertencia prevista en la norma demandada no constituye una modalidad de control ni, por tanto, de control previo, sino el cumplimiento de una obligación que recae no sólo sobre la Contraloría, sino sobre cualquier otro ente de control cuando tenga noticia o detecte que en los procesos y operaciones administrativas que se estén ejecutando existan inconsistencia, desviaciones o fallas que comprometan de manera grave el patrimonio público. Más aún, se trata de un deber moral que ejercen incluso los propios ciudadanos cuando utilizan el derecho fundamental de petición para acceder a la información pública, solicitar a las entidades el eficiente y eficaz cumplimiento de sus funciones, o acudir a los organismos de control para el mismo propósito.

Afirma que la función de advertencia consiste solamente en un llamado de atención que carece de todo efecto vinculante para la entidad pública, razón por la cual no se enmarca dentro de ningún tipo de control fiscal. No obstante, añade el Ministerio Público, “[e]n el caso que los servidores públicos no tengan en cuenta las advertencias que les presenten los organismos de control siendo conscientes de sus errores, las mismas se constituyen en elementos que agravan sus responsabilidades en los casos de las actuaciones posteriores que tales organismos tengan que ejercer por las conductas de los funcionarios contrarias a la preservación del orden jurídico o del patrimonio público”.

Sostiene que el ejercicio de dicha función constituye una manifestación del principio de colaboración armónica entre los poderes públicos y en modo alguno puede considerarse como el desempeño de una función administrativa diferente a las que son inherentes a la Contraloría General de la República, en tanto las advertencias formuladas por esta entidad no suponen una forma de coadministración.

Concluye que el problema que plantea la demanda, más que un reproche de inconstitucionalidad, plantea un asunto de conveniencia política que ha de ser abordado a través de soluciones del mismo orden, más no por la vía del control de constitucionalidad.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 5º de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

Cuestión preliminar. Aptitud sustantiva de la demanda

2. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 establece que las demandas que presenten los ciudadanos en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad deberán contener: (i) el señalamiento y transcripción de las normas acusadas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas y de (iii) las razones por las cuales se estiman violadas. Adicionalmente, deberá indicarse (iv) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda y, cuando la norma se impugne por vicios de forma (iv) el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.

El tercero de los requisitos antes indicados, conocido como concepto de violación, requiere

que el demandante despliegue una labor argumentativa que permita a la Corte fijar de manera adecuada los cargos respecto de los cuales debe pronunciarse para, de este modo, respetar el carácter rogado del control de constitucionalidad. A partir de la sentencia C-1052 de 2001[10], este Tribunal ha consolidado una doctrina según la cual toda demanda debe satisfacer unos mínimos argumentativos en términos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. En este orden de ideas, se cumple con la exigencia de claridad cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; hay certeza cuando la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente y no en una que el actor deduce de manera subjetiva, valga decir, cuando existe una verdadera confrontación entre la norma legal y la norma constitucional; hay especificidad cuando se define o se muestra cómo la norma demandada vulnera la Carta Política; hay pertinencia cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia; y hay suficiencia cuando la demanda es capaz de despertar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma demandada.

3. En la presente controversia la apoderada de la Contraloría General de la República solicitó a la Corte inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo ante la ineptitud sustantiva de la demanda. En su criterio, los argumentos presentados en la demanda (i) no son claros; (ii) no se fundan en la existencia de una contraposición entre la norma demandada y la Constitución, sino que responden al propio criterio de la accionante; (iii) son vagos y abstractos; (iv) no están afincados en la inconstitucionalidad de la norma, sino en el desarrollo jurisprudencial posterior a la Constitución de 1991.

4. La Corporación no comparte los argumentos de la interviniente y, por el contrario, encuentra que el escrito de acusación satisface los mínimos argumentativos que habilitan a este Tribunal para conocer del fondo de la controversia planteada.

En primer lugar, la demanda formula dos acusaciones claras y discernibles en contra del precepto impugnado, al señalar, de una parte, que la función de advertencia allí prevista se opone a dos de los atributos que, según el artículo 267 de la Carta, ha de tener el control fiscal: ser de carácter posterior y ejercitarse sobre los resultados de la gestión administrativa; de otro lado, al sostener que la norma acusada atribuye a la Contraloría una función administrativa que contraría la prohibición prevista en el inciso 4º del artículo 267. En segundo lugar, los cargos son ciertos por cuanto el contenido normativo acusado corresponde a una proposición jurídica real y existente, que responde a una interpretación razonable de la disposición objeto de controversia, y no a un entendimiento particular y subjetivo del actor. En tercer lugar, se satisfacen las exigencias de especificidad y pertinencia, toda vez que la actora emplea argumentos de índole constitucional orientados a mostrar de qué manera la función de advertencia, en tanto se ejercita antes de la ejecución del gasto público, en su criterio resulta contraria al carácter posterior del control fiscal y puede entrañar una suerte de coadministración por vía negativa; cabe señalar a este respecto que el recurso a la jurisprudencia constitucional dentro de la argumentación no desvirtúa el cumplimiento de estas exigencias, como lo sugiere la apoderada de la Contraloría, por cuanto la interpretación de los preceptos constitucionales efectuado por este Tribunal, en ejercicio de la función establecida en el artículo 241 Superior, constituye un criterio ya no sólo pertinente sino además necesario para determinar el significado de las

disposiciones de la Carta Política. Por último, se cumple el requisito de suficiencia, por cuanto la argumentación de la demandante orientada a mostrar la aparente contrariedad entre el ejercicio de la función de advertencia previa a la ejecución del gasto público y el carácter posterior y de resultados del control fiscal, suscita una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

En consecuencia, la Corte no atenderá la solicitud de proferir fallo inhibitorio formulado por la interviniente y se pronunciará sobre los cargos formulados en el escrito de acusación.

Presentación del caso, formulación de los problemas jurídicos y metodología de decisión

5. La demandante sostiene que la función atribuida a la Contraloría General de la República en el numeral 7º del artículo 5 del Decreto 267 de 2000 contraría lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución. Basa su reproche en dos consideraciones: en primer lugar, sostiene que la función de advertencia se opone al carácter posterior y de resultados propio del modelo de control fiscal diseñado en la Carta Política, en tanto la norma acusada faculta a la Contraloría para ejercitar un control previo a la ejecución del gasto que deviene en una modalidad de coadministración; en segundo lugar, argumenta que, al atribuir dicha función, la norma acusada vulnera la prohibición establecida en el inciso 4º del artículo 267 Superior, conforme a la cual la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. El punto de vista de la actora es respaldado en la intervención presentada por la Universidad Libre, donde también se pide a la Corte declarar la inexecutable de la norma demandada.

Por su parte, la Contraloría General de la República, el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y los ciudadanos intervinientes,[11] defienden la constitucionalidad del precepto impugnado, para lo cual presentan los siguientes argumentos: (i) la función de advertencia prevista en la norma acusada tiene carácter excepcional y se enmarca dentro de la competencia general de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría General de la República; (ii) no constituye una modalidad de control ni, por tanto, de control previo, toda vez que la entidad a quien se dirige la advertencia es libre de atenderla; (iii) no se trata de una modalidad de coadministración, por cuanto la Contraloría no efectúa indicaciones sobre la manera en que debe ejecutarse el gasto público, razón por la cual no se infringe la prohibición prevista en el inciso 4º del artículo 267 CP; (iv) se trata, en cambio, de una concreción del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público y de una importante herramienta para efectuar vigilancia de la gestión fiscal.

En el mismo sentido se pronuncia el representante del Ministerio Público, quien solicita a la Corte declarar la exequibilidad del precepto demandado, por entender que: (i) el mismo no establece una modalidad de control ni, por tanto, de control previo, sino que se refiere al cumplimiento de una obligación que en general recae sobre los entes de control, referida a la defensa del patrimonio público; (ii) la función de advertencia consiste en un llamado de atención sin efectos vinculantes para la entidad pública, sin perjuicio de que pueda agravarse la responsabilidad del funcionario que desatienda las advertencias formuladas por los organismos de control; (iii) dicha función se fundamenta en el principio de colaboración armónica entre los poderes públicos y en modo alguno representa una forma

de coadministración.

6. Definido así el objeto de esta controversia, corresponde a la Corte determinar si la función atribuida a la Contraloría General de la República, consistente en advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior al respecto, se opone: (i) al diseño constitucional del control fiscal (art. 267 C.P.), en especial a su carácter posterior y de resultados, así como (ii) a la prohibición impuesta a la Contraloría de desempeñar funciones administrativas distintas de aquellas inherentes a su propia organización.

7. Para dar respuesta a este problema jurídico, (i) se examinarán las características generales del modelo de control fiscal establecido en la Constitución de 1991, con particular atención a aquellas que resultan relevantes para el presente análisis; (ii) se expondrán los elementos principales de la función de advertencia otorgada a la Contraloría General de la República en la norma demandada y, con fundamento en las anteriores consideraciones, (iii) se examinará la constitucionalidad de la norma demandada a la luz de los cargos propuestos.

El control fiscal en la Constitución de 1991. Reiteración de jurisprudencia

8. El control fiscal constituye una función pública especializada, que tiene por objeto vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que tienen a su cargo el manejo de fondos o bienes de la Nación, con el propósito de velar por la protección del patrimonio público.

En numerosos pronunciamientos esta Corte se ha ocupado de examinar los elementos principales del modelo de control fiscal establecido en la Constitución de 1991.[12] Para efectos del presente análisis resulta pertinente destacar: (i) las diferencias entre el sistema de control previo que operaba bajo el marco constitucional anterior y las razones del constituyente para decantarse por un control de carácter posterior, selectivo, amplio e integral; (ii) la diferencia y complementariedad entre los mecanismos de control fiscal externo y el control interno que están obligadas a implementar las entidades públicas; (iii) las implicaciones del carácter posterior del control fiscal y de (iv) la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas inherentes a su propia organización.

Las transformaciones en el modelo constitucional de control fiscal

9. Una de las características sobresalientes del actual modelo de control fiscal es el cambio de un sistema de control previo, que operaba bajo la vigencia del anterior marco constitucional, para adoptar en su lugar un modelo de control posterior. En la sentencia C-716 de 2002[13] esta Corporación efectuó un detallado recuento histórico sobre el desarrollo de los métodos de control fiscal en Colombia, del que se destacan los siguientes elementos para el presente análisis:

10. Solo hasta la expedición de la Ley 42 de 1923[14], y como resultado de las recomendaciones de la Misión Kemmerer, se dispuso la creación de una institución autónoma, denominada Departamento de Contraloría, encargada de fiscalizar el manejo de los recursos públicos. Mediante el Decreto 911 de 1932[15] el Gobierno Nacional decidió

reorganizar la institución otorgándole el carácter de oficina de contabilidad y control fiscal e incluyendo, dentro de sus funciones, la de control previo de la gestión administrativa; para ello se establecía que los contratos o erogaciones de fondos que excedieran cierto monto debían contar con la certificación de disponibilidad de la partida correspondiente, emitida por el Contralor General, y se disponía el registro de los respectivos contratos en el Departamento de Contraloría.[16]

11. Este modelo de control adquirió consagración constitucional en el Acto Legislativo No. 01 de 1945, que en su artículo 93 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración. Luego de esto, la Ley 20 de 1975[17] en su artículo 3 autorizó a dicha entidad para aplicar los sistemas de control fiscal que había venido empleando dentro de sus etapas integradas de “control previo”, “control preceptivo” y “control posterior”. La consolidación del control previo y preceptivo -unido a un control posterior de carácter restringido- constituiría una de las reformas más importantes al control fiscal en Colombia, pues aumentaría la facultad del organismo para fiscalizar a entes públicos y privados garantizando la correcta ejecución de los gastos del tesoro Nacional.

El Decreto 925 de 1976[18], expedido con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente por la Ley 20 de 1975, definió cada una de estas modalidades de fiscalización.[19] En relación con el control previo dispuso:

“Art. 2º.- El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos.”

Entre las facultades específicas que materializaban este esquema de control, el artículo 9º de la Ley 20 de 1975 establecía que el Contralor no autorizaría pagos por contratos administrativos si no se allegaba copia auténtica del Diario Oficial o de un diario de amplia circulación, en el que apareciera publicado el extracto que para cada caso visara el Auditor o Revisor Fiscal correspondiente. El artículo 20 de la misma ley autorizaba a la Contraloría General de la República para efectuar controles previos a las empresas industriales y comerciales del Estado cuya junta directiva lo solicitara, o de oficio, con carácter temporal o permanente, cuando advirtiera frecuentes o repetidas irregularidades en el examen posterior de cuentas o en visitas practicadas por dicha entidad.

A su vez, el artículo 5º del Decreto 925 de 1976 otorgaba la siguiente potestad a la Contraloría General en el trámite previo a la celebración del contrato:

“Art. 5º.- A todas las Juntas o Comités de licitaciones o adquisiciones y de compras, de los organismos de la administración y sus entidades descentralizadas y demás entidades sujetas a fiscalización de la Contraloría General de la República, asistirá un representante del Contralor General de la República designado por éste o el respectivo Auditor, quien intervendrá en las deliberaciones de dichas juntas o Comités, con voz pero sin voto.

“Parágrafo 1º.- Cuando el criterio del representante del Contralor General de la República o

del respectivo Auditor se adverso a una licitación, adquisición y compra, por considerar que en tales actos se violan normas legales o que de realizarse se menoscaban los intereses de la Nación, deberá expresar sus observaciones en forma motivada por escrito y las hará conocer oportunamente a la entidad interesada.

“Parágrafo 2º.- El representante del Contralor General de la República o el respectivo Auditor enviará inmediatamente un informe sobre el particular al Contralor para que éste en el término de seis días, determine el criterio de la Contraloría General de la República, al respecto. En tanto la entidad deberá abstenerse de perfeccionar los actos respecto a los cuales se hayan hecho las observaciones. Si el concepto de la Contraloría General fuese igualmente desfavorable a la entidad, la Junta o Comité lo analizará ampliamente, reestudiará su decisión y la rectificará o conformará según lo estime conveniente.” (Subraya la Corte)

12. Con todo, ya el artículo 59 de la Constitución de 1886 establecía un límite claro al señalar que “(l)a Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”. Bajo la vigencia de este marco constitucional y legal, el Consejo de Estado se ocupó de precisar el alcance del control previo, señalando que si bien tal modalidad de fiscalización faculta a la Contraloría para verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto, en modo alguno podía llegar hasta la intromisión en las actividades propias de la Administración:

“A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (art. 59 de la C. N.). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado ‘control previo’, que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto. ...

“El control numérico legal, previo al gasto, surge frente a una orden de pago, para verificar su legalidad por el aspecto puramente fiscal y no habilita al órgano que lo ejerce para discutir o controvertir el Acto administrativo que pretende ejecutarse a través de la orden de pago, pues esto equivaldría a una intromisión en la actividad propia de la Administración.”[20]

13. Como lo examinó esta Corte en la sentencia C-716 de 2002[21], antes citada, la implementación del sistema previo de control fiscal buscaba precaver la comisión de irregularidades en el manejo de los bienes públicos, pues con el mismo se aspiraba a que “la liquidación y la comprobación de las erogaciones públicas fueran revisadas y aprobadas por el fiscalizador antes de que salgan los dineros de las cajas públicas.”[22] Sin embargo, se formularon objeciones a este modelo por cuanto: (i) propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba, cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la Administración; (ii) el ejercicio del control previo, pese a sus connotaciones administrativas, no implicaba responsabilidad administrativa alguna para la Contraloría y además comprometía la necesaria independencia y autonomía del ente fiscalizador; (iii) paradójicamente, se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción.

Estas críticas formaron parte medular del debate sobre la reforma al régimen fiscal que

tuvo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente. Es así como se en uno de los informes de ponencia sobre el tema se admitió que “[e]l control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración, que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas”[23]. Asimismo, fue clara la intención del constituyente de evitar la interferencia de los organismos de control fiscal en la actividad administrativa de las entidades sometidas a control. En tal sentido, en uno de los informes de ponencia sobre la estructura del Estado se advertía que:

“(E)n ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediabilmente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.

Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo. Se aspira que ésta, en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante disposición desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración. La Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración [...]”[24].

14. Resultado de estos debates fue la abolición definitiva del sistema de control previo y la adopción del control posterior y selectivo, según se expresa en el artículo 267 de la Constitución de 1991, en el cual se estableció la vigilancia de la gestión fiscal sobre todas las entidades públicas, y los particulares y entidades que manejen bienes o fondos de la Nación y se suprimió el control previo y perceptivo que fue reemplazado por el posterior y selectivo, que comprende: un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Asimismo, para salvaguardar la autonomía del máximo ente de control fiscal, esta disposición mantuvo la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas inherentes a su propia organización, ya contenida en el artículo 59 inciso 2º de la anterior Constitución.

16. Asimismo, el carácter integral del control fiscal, al que se ha hecho referencia, supone que este no se limita a un mero control numérico y de legalidad, como ocurría bajo el anterior marco constitucional. Según lo establecido en los artículos 267 de la Constitución y 9º de la Ley 42 de 1993[32], la vigilancia fiscal comprende un control financiero[33], de legalidad[34], de gestión[35], de resultados[36], la revisión de cuentas[37] y la evaluación del control interno. Tales controles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la citada ley, se efectúan con base en criterios de “eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.”

17. Por último, la naturaleza del control fiscal comporta que este tenga lugar en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales. En tal sentido, esta Corporación ha señalado que “contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.”[38]

18. No obstante, esta amplitud del control fiscal, que se proyecta tanto en el ámbito de los sujetos sometidos al mismo, en los aspectos y criterios tenidos en cuenta, así como en los momentos y actividades en los que tiene lugar dicha fiscalización, ha de interpretarse en consonancia con la decidida apuesta del constituyente por eliminar el sistema previo e instaurar en cambio un sistema posterior de control fiscal, al igual que con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. A continuación se examinarán los elementos que ofrece la propia Constitución y que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional para armonizar la potencial tensión que existe entre la vis expansiva del control fiscal, derivada de su carácter amplio e integral, y la vis restrictiva que acompaña la opción por un modelo de control posterior en el que además se proscriben toda forma de coadministración.

Con tal propósito, (i) se examinarán las diferencias y el carácter complementario que existe entre el control fiscal externo atribuido a las contralorías y los mecanismos de control interno. Sobre esta base, el análisis se concentrará en el alcance del primero de estos sistemas de control, a fin de establecer (ii) las implicaciones derivadas del carácter posterior del control fiscal, así como de (iii) la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El control fiscal externo y los mecanismos de control interno

19. Uno de los mecanismos para hacer compatible el carácter amplio e integral de la vigilancia fiscal con el carácter posterior y externo del control que lleva a cabo la Contraloría, consiste en la previsión de dos modalidades de control del manejo de los recursos públicos, que si bien presentan características distintas han de operar de modo complementario.

El primero de estos mecanismos es el control fiscal externo, que se encomienda a la Contraloría General de la República (arts. 117, 119, 267 y 268 CP), a las contralorías municipales, distritales y municipales, encargadas de la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales (art. 272 CP) y a la Auditoría General de la República, entidad encargada de vigilar la gestión fiscal de la Contraloría General de la República (art. 274 CP). El segundo, destinado a complementar el anterior, es el control interno que las propias entidades públicas están obligadas a diseñar e implementar, conforme a lo establecido en los artículos 209 inciso 2º y 269 Superior. La adopción de este segundo mecanismo tuvo el propósito de garantizar la eficacia e integralidad del control fiscal, y hacerlo compatible con la opción del constituyente por un modelo posterior de control externo y con la autonomía del órgano encargado de llevarlo a cabo.

20. En reiteradas ocasiones este Tribunal ha llamado la atención sobre las diferencias y la necesaria complementariedad entre el control interno y el control fiscal externo. En la sentencia C-534 de 1993[39] la Corte delimitó el ámbito de ejercicio del control fiscal externo que corresponde a la Contraloría y los controles internos que adelantan las propias entidades a través de las auditorías. En tal sentido, sostuvo que estas últimas no estaban facultadas para realizar control externo, pero a su vez destacó que la facultad que el art. 268 num. 12 CP atribuye al Contralor General para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional, “no puede interpretarse como extendida a la posibilidad de intervenir en los mecanismos de control interno que adopte la administración para el logro de sus objetivos, por cuanto, estaría de este modo interviniendo indirectamente en funciones de coadministración que le están prohibidas (art. 268 numeral 12 C.N.), sino como un poder de armonización y diseño de los sistemas de control atribuido a las instituciones, a cuyo cargo se encuentra el control fiscal y de resultado externo consagrado en la Constitución Política.”

Asimismo, señaló que con la diferencia entre control externo y los mecanismos de control interno se hacía efectiva la distinción, enfatizada por el constituyente, entre las tareas administrativas y las de control fiscal:

Al colocarse en cabeza de la administración la obligación de conceptuar la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado, como lo prevé la propia Constitución (art. 268 numeral 6o.), se logra una distinción esencial entre los contenidos, fines y responsabilidades propios del control interno, que debe organizarse en las entidades públicas y las del control fiscal externo ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales a nivel territorial. Se confiere así forma real a la diferenciación entre las tareas administrativas y las de control fiscal, de donde el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlo a los administradores; teniendo oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, pudiendo serlo previo,

concomitante o posterior, lo que permite que el funcionario cumpla su función, asumiendo la responsabilidad por sus actuaciones y resultados; sin perjuicio de la independencia de los organismos de control fiscal, no coadministradores, que cumplirán sus funciones de manera posterior y selectiva, sin ocuparse de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (artículo 267 C.N.).”

21. Tal criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias C-374 de 1995[40], donde se enfatizó la diferencia entre el control fiscal externo y la implementación de controles internos por parte de las entidades, señalando que si bien en ambos casos es posible contratar a entidades privadas para efectuar dichos controles, no por ello hay lugar a confundirlos, por cuanto la delegación del control fiscal externo a empresas privadas sólo puede ser autorizada por dichos entes de control, mientras que las entidades vigiladas sí pueden decidir la contratación con particulares del control interno que les corresponde implementar dentro de las mismas. A su vez, en la sentencia C-506 de 1999[41], al examinar la constitucionalidad de las normas que clasifican el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno dentro de los de libre nombramiento y remoción, este Tribunal reiteró la importancia del sistema de control interno y su necesaria articulación con el control de segundo grado que corresponde adelantar a las contralorías:

“En la visión del Constituyente de 1991, el eficaz y efectivo funcionamiento del control interno, también denominado de primer grado, se articula estrechamente con el que, en forma posterior y selectiva, ejercen las Contralorías en el ámbito de su competencia. De ahí que la eficacia de este último, como control de segundo grado que es, esté condicionada por el grado de eficacia con que se ejerza el control de primer grado al interior de las entidades del Estado por los componentes del Sistema de control interno.”

Por su parte, a manera de obiter, en la sentencia C-1176 de 2004[42] reiteró la diferencia y complementariedad entre el control fiscal externo y los controles internos, esta vez para enfatizar interpretar el alcance de la autonomía conferida a los organismos encargados del control externo, mientras que en la sentencia C-557 de 2009[43] lo hizo para interpretar las competencias atribuidas a la Contraloría en lo atinente a la consolidación del presupuesto general del sector público. Reiterando lo expuesto en anteriores decisiones, en esta última sostuvo:

“Cabe recordar aquí, que la Carta Política dispone en el artículo 269, la obligación de las autoridades públicas de diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, de cuya calidad y eficiencia le corresponde conceptuar al Contralor General de la República (C.P., art 268-6), lo cual permite una distinción entre los fines y alcances del control interno propio de las entidades públicas y el control fiscal externo ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales a nivel territorial. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte ha hecho énfasis en la diferenciación entre el control interno y el control fiscal externo, que es una atribución exclusiva e insustituible de los organismos de control fiscal.”

22. Más recientemente, en la sentencia C-967 de 2012[44], este Tribunal se refirió a la necesaria complementariedad que debe darse entre el control previo administrativo de los

contratos estatales, a cargo de las oficinas de control interno, con la vigilancia externa de la contratación, que corresponde efectuar a las contralorías. Luego de examinar la regulación contenida en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993[45] a la luz del modelo de control fiscal posterior, la Corte concluyó que:

“Coherente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad, mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad -sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades[..].

Desde esta perspectiva, la Corte ha insistido en que los organismos de control fiscal no están facultados para intervenir en los procesos de contratación estatal ni tomar parte en las decisiones administrativas de cada entidad. Por ello esta corporación ha rechazado los mecanismos que suponen una intromisión ilegítima en la contratación estatal cuando implican el ejercicio de una función que el Constituyente sustrajo de los organismos de control fiscal.”

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, una de las manifestaciones del carácter amplio e integral del modelo constitucional de vigilancia fiscal de los recursos públicos la constituye la coexistencia de dos niveles de control: el primero, constituido por los mecanismos de control interno, de naturaleza previa y administrativa; el segundo nivel corresponde al control fiscal externo, de carácter posterior y selectivo, que compete realizar a una entidad autónoma e independiente como es la Contraloría, y cuya efectividad depende de su adecuada articulación con el primer nivel de control.

Significado y alcance del carácter posterior del control fiscal atribuido a la Contraloría

23. El artículo 5º de la Ley 42 de 1993[46] establece:

ARTICULO 5o. Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes. (énfasis añadido)

24. Basada en esta definición, desde sus pronunciamientos iniciales este Tribunal se ha ocupado de precisar el momento a partir del cual le es dado intervenir a la Contraloría en la fiscalización de la actividad de la administración, a fin de hacer efectivo el carácter posterior del control fiscal. El criterio general es que la función de aquella entidad “empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”. [47]

25. Con fundamento en esta regla de decisión, en la sentencia C-529 de 1993[48] la Corte declaró inexecutable una expresión del artículo 108 de la Ley 42 de 1993[49], que facultaba a las autoridades de control fiscal para disponer “cuando lo considere conveniente” la realización de audiencias de adjudicación de las licitaciones públicas. Sostuvo que dicha norma desconocía el artículo 267 superior, “pues instituye una modalidad de control previo y, adicionalmente, confiere al organismo fiscal una función de naturaleza administrativa.”

26. Por su parte, en la sentencia C-113 de 1999[50] declaró executable un aparte de la Ley 80 de 1993[51], el cual dispone que los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación. La Corte lo encontró ajustado a la Constitución, en tanto garantiza la autonomía de la administración, la independencia de los entes de control y hace efectivo el principio de separación de funciones. Entre sus consideraciones, se refirió a la relación entre el modelo de control posterior asignado a la Contraloría y la garantía de independencia de dicho ente fiscalizador, frente a lo cual advirtió:

“(L)a tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.

Así, pues, en tratándose de la Contraloría General de la República, el control a ella asignado es de carácter posterior, por expresa disposición del artículo 267 de la Constitución, motivo por el cual resulta evidente que a dicho órgano le está vedado participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones.”

27. En la sentencia C-623 de 1999[52], esta Corporación se pronunció sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales, al declarar executable un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará “una vez liquidados o terminados los contratos”. La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii) el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes.

La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales “se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación”. Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: “1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y,

en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.”

De otro lado, subrayó que la oportunidad es un elemento consustancial al control fiscal, que no ha de oponerse a su carácter posterior, al señalar que: “(e)l control fiscal posterior no es per se inoportuno; la oportunidad no se relaciona con la etapa o momento en que según la Constitución éste debe realizarse, sino con el término en el que las autoridades respectivas deben ejercerlo, que necesariamente, ha de ser después de ejecutados los procesos u operaciones objeto de control y antes de que prescriban las acciones fiscales, administrativas, disciplinarias o penales, procedentes según la Constitución y la ley.”

28. En la sentencia C-648 de 2002[53] la Corte reafirmó la competencia de las contralorías para ejercer control fiscal respecto de contratos estatales en ejecución, señalando que ello no se opone al carácter previo de dicho control. Reiterando la regla establecida en la sentencia C-623 de 1999, en esta oportunidad sostuvo que:

“(L)as Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. Tampoco pueden interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política al señalar en el artículo 267 que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. De esta forma, al excluir la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, se evita que se incurra en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración.

Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación.”

29. Por su parte, en la sentencia C-716 de 2002[54] este Tribunal consideró que la atribución a la Contraloría de la competencia para administrar los sistemas de información de la contratación estatal previstos en la Ley 598 de 2000[55] no desconoce el carácter posterior y selectivo del control fiscal, en tanto aquella brinda herramientas para el análisis de información relevante para el ejercicio de vigilancia de la contratación, pero no la faculta para inmiscuirse en las decisiones relativas a la misma. Al respecto sostuvo que:

[...]

Mediante el cumplimiento de las reglas de consulta del SICE el Contralor General no interviene en el proceso contractual, toda vez que la entidad pública o el particular que administra bienes públicos conservan plena autonomía para decidir cuáles de las propuestas, ofrecidas pública y democráticamente a través de la Internet por todos los aspirantes a contratistas, resulta más convenientes al contrato que pretende ser celebrado.

[...]

La Contraloría, en consecuencia, no está habilitada para analizar o calificar, desde el punto de vista económico, las ofertas formuladas por los aspirantes a contratistas del Estado, ya que de hacerlo condicionaría la escogencia de los elementos constitutivos de los eventuales contratos públicos, incurriendo con ello en una de las prácticas prohibidas por el artículo 267 de la Carta Política.

[...]

La función que, por virtud del manejo del SICE, realiza la Contraloría General de la República es de naturaleza preventiva y va encaminada a facilitar el ejercicio del control posterior y selectivo mediante el suministro de una información crucial para las entidades públicas y los particulares que administra bienes públicos, que les permite conocer el estado de los precios y las condiciones de oferta de los mismos. Como lo dice la propia Contraloría, el SICE permite focalizar el ejercicio del control fiscal mediante la identificación de los sectores en donde la contratación pública se realiza por fuera de los parámetros del mercado. Esta es la principal herramienta con que cuenta la Contraloría para definir las políticas de control selectivo, que tienen que ver, como se adelantó, no con la verificación particular e individual de las transacciones realizadas por la Administración, sino con la verificación global de las tendencias contractuales de la Administración.”

30. En la sentencia C-557 de 2009[56], este Tribunal precisó que el control posterior de la gestión fiscal comprende dos actividades o momentos diferenciados: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal:

“En cuanto a los momentos del control fiscal la jurisprudencia constitucional ha expuesto que el control fiscal, el cual es posterior y selectivo, se desarrolla en dos momentos diferenciados que sin embargo se encuentran entre sí claramente vinculados, el primero de los cuales resulta necesario y obligado, mientras que el segundo tiene un carácter derivado.

Así, en un primer momento, las contralorías de todos los órdenes llevan a cabo la labor de vigilancia propiamente dicha, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con la ley. Esta primera labor se desarrolla mediante la práctica de auditorías sobre los sujetos sometidos al control fiscal selectivo. A partir de este seguimiento se produce la formulación de las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, e incluso, las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados. En un segundo momento, y si de la labor de vigilancia primeramente practicada surgen elementos de juicio a partir de los cuales se pueden inferir posibles

acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, se inicia el proceso de responsabilidad fiscal, orientado a ‘obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa’”.

31. Por último, en la sentencia C-967 de 2012[57], este Tribunal destacó la necesidad de armonizar el carácter posterior y selectivo con la integralidad del control fiscal, al señalar que “el hecho de que el control a la gestión fiscal haya sido previsto como posterior y selectivo de ninguna forma implica que deje de ser integral, puesto que comprende tanto el control financiero, como el de legalidad, de gestión y de resultados”. En ese orden de ideas sostuvo:

“(E)s necesario hacer una lectura armónica de la Constitución, y especialmente de los artículos 119 y 267, con el propósito de fortalecer la capacidad institucional de las autoridades a las cuales se ha encomendado esa función, procurando que su actividad no implique una interferencia indebida en las competencias de las autoridades para la administración y manejo de los fondos oficiales, pero velando siempre porque el control fiscal se cumpla de manera integral.

La naturaleza amplia de esta función significa que no es de recibo una hermenéutica de las normas legales encaminada a restringir o excluir el control fiscal cuando están comprometidos recursos públicos, en concreto en los procesos de contratación estatal. Por el contrario, a la luz del principio de interpretación conforme, debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales; incluye el proceso de manejo e inversión; y se proyecta también en la evaluación de los resultados obtenidos con la utilización de esos recursos de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados, es decir, con posterioridad a la finalización y liquidación de los contratos estatales.”

32. En definitiva, de los pronunciamientos analizados se infiere que la naturaleza posterior del control fiscal externo que lleva a cabo la Contraloría no desdice su carácter amplio e integral, ni riñe con que el mismo se realice de manera oportuna (C-623 de 1999, C-967 de 2012). Dicho control comprende dos actividades o momentos diferenciados: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal (C-577 de 2009). En relación con la primera, el momento que marca el inicio de la intervención legítima del ente de control es una vez la entidad sujeta a control ha adoptado las decisiones relativas a la disposición de recursos públicos y ejecutado los procesos que serán objeto de fiscalización posterior (C-119 de 1999, C-623 de 1999, C-648 de 2002). Esto quiere decir que, la Contraloría no debe anticiparse ni inmiscuirse en la ejecución de procesos o la adopción de decisiones, sino que debe honrar el carácter posterior de su intervención y salvaguardar la necesaria autonomía del quehacer administrativo, y la del propio ente de control, ejerciendo sus atribuciones en forma posterior.

Prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes

a su propia organización

33. Uno de los propósitos del Constituyente de 1991 fue separar entre el ejercicio de funciones administrativas y de control fiscal, encargando a la Contraloría sólo de estas últimas, a fin de evitar la coadministración y, a la vez, garantizar la autonomía, independencia e imparcialidad del órgano de control fiscal. De ahí que el artículo 267 de la Carta vigente reproduzca la prohibición ya consagrada en el artículo 59 de la anterior Constitución, de atribuir a la Contraloría “funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”.

34. El sentido de esta prohibición fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-189 de 1998[58], al destacar que la atribución de autonomía orgánica y funcional a la Contraloría tiene el doble propósito de garantizar la efectividad del control fiscal, y a la vez evitar que dicha entidad se inmiscuya en las actividades administrativas de las entidades sometidas a control. Al respecto se afirma que:

“Esta autonomía funcional y orgánica de las contralorías no sólo tiene como finalidad fortalecer el control fiscal sino también hacer frente a las disfuncionalidades que dicho control puede generar, por lo cual la Carta pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración. Por ello la Constitución no sólo “termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo”[59] sino que dispone que la Contraloría no “tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización” (CP art. 267, inciso 4º), precepto que, como bien lo señaló durante la vigencia de la anterior Constitución la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, y también lo ha establecido esta Corte Constitucional, es una limitación más que otra cosa[60]. El significado de esa norma es entonces que la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores.”

“(P)ara la Corte es claro que cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad. En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). [...]”

35. A su vez, en la sentencia C-113 de 1999[61], sobre las razones del constituyente para eliminar los modelos de coadministración, se indicó que:

“(L)as posibilidades de co-gestión por parte de delegados de los entes fiscalizadores, tal como se daba con anterioridad a la Carta Política de 1991, no solamente resultaba ineficaz para lograr una verdadera transparencia de los procesos administrativos, en especial los de contratación, sino que se había constituido en oportunidad y motivo de corrupción, en

cuanto se prestaba para ilícitos pactos entre funcionarios administrativos y los encargados de su vigilancia. Eso, además de la injustificada dilación que en los trámites correspondientes implicaba la permanente consulta de las decisiones con los órganos de control, especialmente las auditorías, cuyos titulares creían gozar de autoridad suficiente para obstaculizar y para desviar las actuaciones previas a la contratación, imponiendo no pocas veces sus criterios a las autoridades competentes, con ostensible vulneración del principio de separación funcional y distorsionando el verdadero papel que se atribuye a quienes ejercen el control fiscal.

36. Adicionalmente, el alcance de la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización ha sido examinado de tiempo atrás en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Como quedó expuesto al analizar las transformaciones en el modelo constitucional de control fiscal, bajo el sistema que operaba antes de la reforma constitucional de 1991, el Consejo de Estado declaró la nulidad de algunos conceptos emitidos por la Contraloría, en ejercicio de control previo, en los cuales, por ejemplo, instaba a una entidad a abstenerse de refrendar reajustes sobre el valor de unos contratos[62]; advertía sobre la improcedencia de extender a determinados empleados públicos los beneficios pactados en convenciones colectivas[63] o la no viabilidad de suscribir ciertas cláusulas contractuales[64]. El Alto Tribunal consideró que, no obstante la autorización legal del control fiscal previo, a través de algunos de estos conceptos la Contraloría excedía el ámbito de su competencia para inmiscuirse en funciones propias de la Administración. El criterio expuesto en estos pronunciamientos cobra relevancia para el presente análisis, toda vez que señala algunas modalidades de intervención de la Contraloría que, incluso bajo un marco constitucional y legal en el que resultaba admisible el control fiscal previo, desconocían la prohibición de coadministración.

37. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Sala examinará las características de la función de advertencia establecida en la norma demandada, para luego determinar si la misma resulta compatible con la mencionada prohibición y con la naturaleza posterior del control fiscal, consagradas en el artículo 267 de la Constitución.

La función de advertencia en cabeza de la Contraloría General de la República

38. La denominada función de advertencia fue incorporada al ordenamiento jurídico por el Decreto Ley 267 de 2000, expedido por el Presidente de la República con fundamento en la facultad que le fuera conferida por el artículo 1.1. de la Ley 573 de 2000[65] para modificar la estructura y el régimen de personal de la Contraloría General de la República.[66]

El artículo 5º del mencionado Decreto atribuye una serie de funciones a la Contraloría General de la República, entre ellas la contemplada en el numeral 7º, objeto de esta controversia, donde se faculta a esta entidad para “advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”.

39. Ante la ausencia de normas legales o reglamentarias que disciplinen el ejercicio de esta función, ha sido la propia Contraloría General de la República, a través de circulares, quien ha fijado algunos lineamientos para su operatividad. Aunque los mismos no forman parte

de este juicio de constitucionalidad, su examen es relevante para efectos de determinar el sentido que se ha dado a la norma legal objeto de controversia.

Así, en la Circular No. 005 del 21 de junio de 2007, dirigida por el entonces Contralor General de la República al Vicecontralor y otros altos funcionarios de dicha entidad, se caracteriza la función de advertencia como

“(U)na función excepcional que deviene de la atribución marco de vigilancia de la gestión fiscal, sin que la misma constituya un sistema de control fiscal propio del ejercicio posterior y selectivo a la gestión fiscal, en donde se concreta y materializan en estricto rigor constitucional nuestros pronunciamientos o dictámenes; de ahí que la oportunidad que la preceptiva indica para su ejercicio, en momento anterior a la emisión de los dictámenes producto del ejercicio auditor. En este orden, la filosofía de la función de advertencia radica en poner de presente al gestor fiscal, frente a procesos u operaciones en ejecución, la evidencia de un posible riesgo futuro que pueda causar detrimento al patrimonio estatal, para que si lo considera adopte de inmediato las acciones correctivas que la situación amerita, sin perjuicio del examen o revisión que le corresponde al Órgano de Vigilancia y Control Fiscal dentro de las atribuciones de su natural competencia, es decir, una vez concluidos los procesos u operaciones de la administración.”[67] (negrilla fuera del texto).

40. En relación con la oportunidad y el modo en que debe ejercitarse la función de advertencia, la Contraloría señala que esta debe llevarse a cabo (i) “en el proceso auditor, en el cual se detecten los posibles riesgos”, momento en el cual “el equipo auditor debe producir un informe en donde se evidencie que se puede presentar un daño patrimonial al Estado”. Establece además que (ii) “la función de advertencia no puede ser ejercida de forma aislada, sino que debe ser producto del ejercicio de los sistemas técnicos de control fiscal, hoy contenidos en la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral”; (iii) “de tenerse conocimiento a través de otros medios diferentes al proceso auditor, la Contraloría debe ordenar la práctica de la modalidad de auditoría a que hubiere lugar o realizar con carácter urgente los estudios necesarios, con el objeto de obtener los elementos de juicio requeridos para hacer uso de la mencionada función”; (iv) “no es procedente aplicar la función de advertencia en la etapa final del proceso auditor, en razón a que la misma se ejerce una vez que el órgano de control detecte los posibles riesgos, sin que le sea dable esperar a la culminación del mismo”, debido al carácter excepcional de esta función, solo reservada a casos cuya connotación así lo amerite; (v) “una vez ejercida la función de advertencia, y sin perjuicio de que las observaciones hayan sido acatadas o no, la Contraloría realizará [...] el control posterior sobre las situaciones objeto de observación en la función de advertencia”. [68]

41. En lo atinente al contenido de los pronunciamientos emitidos en ejercicio de esta función, la circular citada advierte que estos han de “limitarse a indicar los posibles riesgos detectados” y “deben en todo momento estar desprovistos de alocuciones indicadoras de acciones que debe o debería tomar la administración o el gestor fiscal para superar o minimizar el riesgo o amenaza, toda vez, que tales acciones se enmarcarían dentro de la coadministración, entrando en la órbita de competencias propiamente administrativas”. [69]

42. Entretanto, la competencia para hacer uso de esta excepcional función está reservado al Contralor General de la República o los Contralores Delegados para la Vigilancia Fiscal Sectorial, y sólo podrá activarse en aquellos casos que por su relevancia e impacto social así lo requieran. En caso de que un Gerente Departamental estime la procedencia en la emisión de una función de advertencia, su trámite y adopción deberá estar coordinado con el Contralor Delegado para la Vigilancia Fiscal respectivo y previa información al Contralor General o al Vicecontralor.[70]

43. En su escrito de intervención en este juicio de constitucionalidad, la Contraloría destaca la creciente importancia que ha cobrado el ejercicio de la función de advertencia en la gestión que realiza esta entidad, aportando cifras que indican que durante el último cuatrienio el recurso a esta herramienta de fiscalización se incrementó en un 490% en el cuatrienio 2010-2014, en relación con el período 2006 - 2010.[71]

44. Por último, a diferencia de lo que ocurre con otros elementos del modelo de control fiscal, que han sido objeto de un prolífico desarrollo jurisprudencial, este Tribunal tan sólo se ha referido de manera tangencial a la función de advertencia, en la sentencia C-967 de 2012[72], para señalar que constituye una expresión del principio de colaboración armónica y del carácter integral del control fiscal. En aquella oportunidad, la Corte declaró ajustada a la Constitución una norma que autorizaba incluir en el acta de liquidación de los contratos estatales los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las controversias y declararse a paz y salvo. Para fundamentar su decisión, examinó los elementos centrales del sistema de control fiscal de la contratación estatal y, a propósito de esto, sostuvo que: “Coherente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad, mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad -sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades”.

Análisis de constitucionalidad de la norma acusada

45. Como punto de partida del presente examen, la Sala retoma las consideraciones expuestas en la sentencia antes citada, según las cuales la función de advertencia constituye una modalidad de intervención de un ente autónomo de control que, prima facie, encuentra respaldo constitucional en el principio de colaboración armónica y en el carácter amplio e integral del modelo constitucional de control fiscal. Además, dicha herramienta apunta al logro de otros fines legítimos, relacionados con la eficacia y la eficiencia en el ejercicio de la vigilancia fiscal encomendada a la Contraloría y, con ello, en definitiva, a la salvaguarda del patrimonio público.

46. No obstante, según se advirtió en el mismo pronunciamiento, los loables propósitos constitucionales que persigue la función de advertencia atribuida a la Contraloría General de la República, no la autorizan a rebasar el marco de actuación que la Constitución ha trazado a esta entidad, el cual encuentra dos límites claros en (i) el carácter posterior y no

previo que debe tener la intervención de esta entidad y, de otro lado, (ii) en la prohibición de que sus actuaciones supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control.

La función de advertencia implica una intervención de la Contraloría con carácter previo a la adopción de decisiones y la culminación de los procesos y operaciones administrativas

47. Como lo dispone la literalidad de la norma acusada la función de advertencia recae sobre “operaciones o procesos en ejecución”. De acuerdo con los lineamientos fijados por la Contraloría General de la República, se trata de un instrumento de carácter “preventivo y proactivo” que le permite a esta entidad intervenir antes de que culminen los ejercicios de gestión fiscal sometidos a control, para así no convertirse “en mero certificador de detrimentos al patrimonio público”.^[74]

Queda claro entonces que la función de advertencia supone una intervención previa a la adopción de las decisiones administrativas y a la culminación de los procesos y operaciones susceptibles de control fiscal. Con ella se anticipa la intervención de la Contraloría y se excepciona el criterio general según el cual la función de aquella entidad “empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”.^[75] Es precisamente el carácter previo y no posterior el que confiere sentido a la formulación de advertencia, ya que frente a las decisiones ya adoptadas o los hechos consumados sólo queda certificar la existencia de un daño patrimonial y propender por su resarcimiento.

48. En este punto es preciso considerar el argumento planteado por la Contraloría, según el cual el ejercicio de la función de advertencia se enmarca dentro de la competencia general de vigilancia fiscal que el artículo 119 de la Carta atribuye a esta entidad, sin constituir propiamente una forma de control fiscal, siendo sólo este último el que debe tener carácter posterior. Conforme a tal razonamiento, la función de advertencia no desconocería el límite impuesto por el artículo 267 constitucional, por cuanto este sólo opera para las operaciones de control, más no para las que constituyan formas de vigilancia.

49. Cuando se indaga por el sentido en que son empleados estos términos en el texto constitucional, la distinción entre las funciones de vigilancia y control atribuidas a la Contraloría no resulta concluyente. Si bien en algunas disposiciones ambos términos parecen tener significados no del todo coincidentes^[76], en otros apartes parecerían emplearse como sinónimos.^[77] Atendiendo a un criterio semántico, se tiene que, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, la acción de “vigilar” consiste en “velar alguien o algo, o atender exacta y cuidadosamente a él o a ello”, esto es, implica una observación atenta del objeto vigilado. Entretanto, “controlar” significa “ejercer el control”, lo que en la acepción que resulta pertinente para este análisis implica la “comprobación, inspección, fiscalización, intervención” sobre el objeto controlado. De acuerdo con lo anterior, si cabe establecer alguna diferencia entre ambos términos esta apunta a indicar que mientras quien ejerce vigilancia se limita a observar, quien controla, además de vigilar, puede ir un paso más allá e intervenir de algún modo sobre el objeto controlado.

Adicionalmente, la distinción sobre la que descansa el argumento planteado por la

Contraloría debe ser examinada a la luz del modelo constitucional de fiscalización del manejo de los recursos públicos expuesto en las consideraciones precedentes, y la manera en que este ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional. Como quedó expresado, uno de los rasgos estructurales de dicho sistema consistió en la voluntad de superar las dificultades asociadas al modelo de control fiscal previo, para lo cual el constituyente determinó de manera inequívoca que la intervención fiscalizadora de la Contraloría tendría lugar a posteriori, esto es, una vez adoptadas las decisiones o culminados los procesos u operaciones objeto de fiscalización, con el fin de garantizar la autonomía del ente de control y evitar su injerencia en las actividades administrativas sometidas a su control.

En segundo lugar, la facultad de ejercer control fiscal implica la posibilidad de vigilar, esto es, observar con estricto arreglo a la Constitución y la ley a las entidades sometidas a control mientras estas ejecutan sus procesos y adoptan las decisiones que atañen a la gestión de recursos públicos. Sin embargo, de ello no se sigue que la facultad de vigilancia de la Contraloría constituya una competencia distinta, más amplia e independiente de la referida al ejercicio de control fiscal, que autorice a esta entidad para exceder los límites constitucionales que enmarcan su facultad de control, sino que, por el contrario, la vigilancia apenas constituye un medio, que adquiere sentido y justificación en cuanto resulta necesaria para el ejercicio del control y que no puede ir más allá de lo necesario para garantizar la efectividad de este último.

50. Del anterior análisis se infiere que, allí donde la Constitución parece establecer una distinción entre las funciones de vigilancia y control atribuidas a la Contraloría, ella implica en todo caso que mientras la primera se limita a la mera observación, el control supone además intervención, esto es, algún tipo de interacción con los procesos y operaciones que desarrolla la entidad sometida a control. Intervención que comprende un amplio espectro de operaciones, tales como la formulación de observaciones, conceptos, advertencias, la declaración de existencia de hallazgos fiscales, el inicio de e iniciando los procesos sancionatorios correspondientes y, en su caso, la imposición de las correspondientes sanciones. Todas estas modalidades de intervención, en tanto implican control, sólo pueden tener lugar con carácter posterior. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, en las decisiones previamente examinadas relativas al alcance de este límite constitucional, de las cuales se infiere que si bien la Constitución faculta a la Contraloría puede observar atentamente a las entidades sometidas a control mientras estas ejecutan sus procesos y adoptan sus decisiones, aquella no debe anticiparse ni inmiscuirse en unos y otras, sino que ha de permanecer un paso atrás, para vigilarlas a prudente distancia y con ello respetar el carácter a posteriori de su actuación y salvaguardar la necesaria autonomía del ente de control.

51. Ahora bien, a la luz de la distinción examinada es claro que la competencia establecida en el precepto demandado trasciende la mera vigilancia de la gestión fiscal. En ejercicio de la función de advertencia la Contraloría no se limita a observar las actividades que implican manejo de recursos públicos, para efectos de recabar información que será utilizada para controlar la gestión fiscal a posteriori, una vez adoptadas las decisiones administrativas o ejecutados los procesos objeto de control. La formulación de advertencias supone, por definición, un llamado de atención que tiene el declarado propósito de intervenir, antes de

que se adopten las decisiones administrativas o concluya la ejecución de los procesos de gestión fiscal, para evitar que se produzca o consume un daño al patrimonio público. En consecuencia, se trata de una modalidad no de simple vigilancia sino de control fiscal, que ha de someterse, por tanto, a los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio legítimo de este último.

52. De lo expuesto se concluye que la función de advertencia, a la vez que un mecanismo de control, se realiza en un momento previo y no posterior a la toma de decisiones administrativas o a la culminación de procesos u operaciones sometidas a vigilancia fiscal, con lo cual la norma que la establece contraviene lo dispuesto en el artículo 267 superior, en lo atinente al carácter a posteriori que debe tener el control fiscal.

En efecto, una comparación entre la facultad atribuida a la Contraloría en el precepto demandado y otros supuestos en los que esta Corporación ha estimado que las normas entonces examinadas no infringían el citado límite constitucional, permiten respaldar la conclusión a la que arriba la Sala.[78] Así, en las sentencias C-623 de 1999[79] y C-648 de 2002[80] la Corte estableció que la facultad fiscalizadora de la Contraloría sobre la contratación estatal resultaba válida siempre y cuando se efectuara con posterioridad al perfeccionamiento de los contratos. Entretanto, en la sentencia C-716 de 2002[81] este Tribunal sostuvo que el carácter posterior del control fiscal que lleva a cabo la Contraloría no se desconoce cuando se faculta a dicha entidad para administrar los sistemas de vigilancia de la contratación estatal establecidos en la Ley 598 de 2000[82], pues mediante el ejercicio de esta competencia la Contraloría se limita a recabar información necesaria para el posterior ejercicio de control, esto es, realiza funciones de mera vigilancia, mas no efectúa intervención alguna orientada, por ejemplo, a verificar el cumplimiento de requisitos contractuales, analizar o calificar las ofertas formuladas por los aspirantes a contratar con el Estado. A diferencia de los supuestos analizados en aquellos pronunciamientos, la función de advertencia faculta a la Contraloría para intervenir, a través de la formulación de llamados de atención, antes de la toma de decisiones administrativas, entre ellas las relativas al otorgamiento y legalización de contratos estatales; la comunicación de estas advertencias a la entidad incluye, por definición, la posibilidad de que la Contraloría advierta sobre el eventual incumplimiento de requisitos legales en una determinada gestión fiscal o sobre el riesgo de detrimento patrimonial advertido en el curso de los procesos u operaciones respecto de las cuales recae dicho control.

La función de advertencia representa una intervención previa del ente de control susceptible de incidir en la toma de decisiones administrativas y, por tanto, constituye una modalidad de coadministración

53. Como lo destacan en sus intervenciones la Contraloría y el Ministerio Público, y según se expuso al examinar los lineamientos definidos por aquella entidad para llevar a cabo la función de advertencia, en ejercicio de la misma: (i) el ente de control debe abstenerse de emplear un tono imperativo y limitarse a formular la advertencia, sin indicar las acciones que el gestor fiscal debería emprender para minimizar o evitar el riesgo; (ii) tales advertencias están desprovistas de efectos vinculantes, en tanto la entidad a la que se dirige es libre de atenderlas. [83]

A juicio de quienes intervienen en defensa de la constitucionalidad de la norma, tales características excluyen que a través de la función de advertencia la Contraloría interfiera en las decisiones de la entidad administrativa y, por tanto, se respeta el límite constitucional que veta a dicha entidad el ejercicio de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

54. Ciertamente las cautelas que la propia Contraloría ha dispuesto para el ejercicio de esta función marcan una diferencia con los conceptos que, bajo el anterior esquema de control previo, emitía dicha entidad, algunos de los cuales fueron en su momento declarados nulos por el Consejo de Estado, por cuanto el carácter vinculante que el ente de control pretendía atribuir a sus propios conceptos representaba una injerencia indebida y desconocía la prohibición de coadministración, para entonces contenida en el artículo 59 de la Constitución de 1886.[84]

55. Pero aun con estas previsiones, el ejercicio de esta modalidad de control fiscal ex ante que representa la función de advertencia conserva una efectiva capacidad de incidir en las decisiones y en el curso de los procesos y operaciones de las autoridades administrativas sometidas a vigilancia, en tanto mantiene el potencial de disuadir al destinatario de la advertencia de mantener el curso de acción objeto de reparos. En efecto, la formulación de un llamado de atención por parte del máximo ente de control externo sobre el eventual riesgo o amenaza de detrimento patrimonial advertido en una determinada operación administrativa, incluso si está desprovista de un tono imperativo y formalmente carece de efectos vinculantes, conserva una efectiva capacidad disuasoria, que en la práctica se resuelve en la suspensión de la decisión o del curso de acción sobre el cual la Contraloría ha manifestado previamente sus reservas.

Analizar el lenguaje desde una perspectiva pragmática implica indagar por el tipo de acto de habla. En tal sentido, se ha señalado que cuando se profiere una emisión lingüística se realizan de manera simultánea tres tipos de acciones: (i) el acto mismo de decir, de pronunciar o escribir las palabras (acto locucionario). (ii) Aquello que el hablante se propone hacer a través del acto de habla proferido, por ejemplo, “advertir”, “preguntar”, “describir”, “prometer”, “ordenar”, “sugerir”, etc. (acto ilocucionario). (iii) El efecto o consecuencia que genera en el destinatario, por ejemplo, como consecuencia de una promesa el oyente podrá albergar una expectativa, o una orden puede generar en el destinatario la necesidad de dirigir su acción en el sentido ordenado (acto perlocucionario).[85]

En el nivel ilocucionario cabe distinguir entre actos de habla descriptivos, directivos, expresivos, etc., a partir de la finalidad implicada en el mismo. El uso directivo del lenguaje es aquél cuyo propósito es influir en la conducta del destinatario, generándole una razón para actuar en el sentido indicado por la directiva. El uso directivo comprende, a su vez, un amplio espectro de matices, que en general dan lugar a distinguir entre directivas fuertes (“orden”, “prohibición”) y débiles (“consejo”, “ruego”, “advertencia”, “súplica”, “sugerencia”, entre otros).

La distinción entre directivas fuertes y débiles depende, en un primer nivel de análisis, de la manera en que se expresen, esto es, de las palabras y el tono empleado para comunicarlas: así, el uso de un lenguaje y un tono imperativo es propio de las directivas

fuertes, mientras que las directivas débiles apelan a expresiones y a un tono más comedido. Sin embargo, esta perspectiva de análisis es insuficiente pues un elemento determinante para distinguirlas es establecer si quien profiere la directiva está en situación de ejercer autoridad o coacción sobre el destinatario, de tal suerte que, por ejemplo, una directiva fuerte (una orden, o prohibición) no es tal por el solo hecho de que su emisor emplee un lenguaje imperativo; sólo será exitosa si quien la emite está en posición de autoridad respecto del destinatario. Del mismo modo, en ocasiones quien ostenta autoridad puede dirigirse a sus subordinados en un tono suave y con expresiones matizadas para requerirles un determinado curso de acción (“entrega este informe mañana temprano, te lo ruego”), pero su destinatario tendrá elementos para interpretar que el emisor no está profiriendo un ruego y podrá entender más bien que le dirige una orden, incluso allí donde la auténtica intención del emisor sea la de pedir un favor. Así pues, la interpretación del tipo de directiva de que se trate, y de su efecto perlocucionario, requiere tener en cuenta no sólo las palabras y el tono empleados por el hablante sino, de manera determinante, si el mismo ostenta una posición de mando respecto del destinatario. Esto último ocurre, entre otras hipótesis, cuando quien emite la directiva está en posición de compeler al destinatario para acatar el contenido de la directiva o sancionarlo en caso de incumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, las advertencias constituyen una modalidad de uso directivo del lenguaje, por cuanto este tipo de actos de habla se emiten con el propósito de suministrar al destinatario una razón para actuar conforme a la advertencia (realizando o absteniéndose de hacer una acción determinada). En ese orden de ideas, establecer si una advertencia ha de interpretarse como una directiva débil, que no pretende tener ni tiene efectos vinculantes para su destinatario, o bien como una directiva fuerte, que pretende o de hecho genera un efecto compulsivo, no dependerá tanto del tono empleado por el emisor, sino de si el mismo está en posición de ejercer autoridad respecto de la persona a quien se dirige. La hipótesis prevista en la norma demandada contempla un supuesto en donde quien profiere la advertencia está en situación de ejercer autoridad sobre el destinatario, por cuanto se trata precisamente de la entidad que tiene a su cargo el control externo y el ejercicio de la potestad sancionadora en materia fiscal respecto de las personas y entidades sometidas a este tipo de controles. Así las cosas, aunque la Contraloría no formule sus advertencias en un tono imperativo y se cuide de imponer a la administración un cierto curso de acción, la posición en que se halla esta entidad respecto de los destinatarios del control de advertencia, genera en estos últimos una disposición a interpretar tales advertencias como directivas fuertes y, en consecuencia, a conferirles una injerencia decisiva al momento de efectuar el balance de razones para acatar la advertencia.

Esta efectiva capacidad de la formulación de advertencias para incidir, por vía negativa, en las decisiones en materia de gestión fiscal de las entidades sometidas a control, viene dada por dos circunstancias: (i) como lo establece la propia norma demandada, el ejercicio de la función de advertencia trae implícito el ejercicio de control posterior sobre los hechos respecto de los cuales recae la advertencia, de tal suerte que en estos casos el ulterior control deja de ser una mera posibilidad en abstracto (en virtud de su naturaleza selectiva) sino que el funcionario destinatario de la advertencia tiene la certeza de que la operación objeto de controversia será objeto de fiscalización posterior. Pero además (ii) la libertad del

funcionario o entidad a quien se dirige la advertencia se reduce considerablemente. Si la libertad implica la opción de elegir entre cursos de acción diversos, cuando uno de estos ha merecido reparos por parte de la autoridad encargada de efectuar control fiscal externo, dotada de la capacidad de investigar y, eventualmente, sancionar directamente o solicitar la imposición de sanciones disciplinarias al funcionario que ha desatendido la advertencia, elementales consideraciones de racionalidad práctica indican que la formulación de una advertencia reduce las posibilidades decisorias del gestor fiscal, pues cierra o, al menos, siembra de graves riesgos el transitar por el camino que ha merecido la sospecha del ente de control.

Por lo anterior, resulta un contrasentido afirmar la plena libertad de las entidades vigiladas para acatar o no las advertencias emitidas por la Contraloría, y a la vez señalar, como lo hace el Ministerio Público en el concepto rendido en este juicio de constitucionalidad, que “[e]n el caso que los servidores públicos no tengan en cuenta las advertencias que les presenten los organismos de control siendo conscientes de sus errores, las mismas se constituyen en elementos que agravan sus responsabilidades en los casos de las actuaciones posteriores que tales organismos tengan que ejercer por las conductas de los funcionarios contrarias a la preservación del orden jurídico o del patrimonio público”. [86]

56. En ese orden de ideas, la capacidad disuasoria implicada en la formulación de advertencias por parte de la Contraloría, pone de manifiesto la idoneidad de esta figura para alcanzar los legítimos fines constitucionales que con ella se pretenden, pero entraña considerables efectos negativos tanto desde el punto de vista de la actividad administrativa y la propia gestión fiscal, como desde el punto de vista constitucional, por cuanto deviene en una suerte de coadministración contraria a la prohibición establecida en el artículo 267 superior.

La modalidad de control fiscal previo representada en la función de advertencia constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que establecen el carácter posterior del control fiscal y la prohibición de coadministración

58. Sin embargo, la Sala no desconoce que, del mismo modo en que la Constitución expresa una decidida opción por establecer tales límites al control fiscal, no es menos enfática en su apuesta por fortalecer las herramientas de control sobre la gestión de los recursos públicos, a través de un sistema de fiscalización amplio e integral. Por tal motivo, el examen de constitucionalidad de la función de advertencia no puede limitarse a verificar la contrariedad entre dicha figura y las normas constitucionales que definen el carácter posterior del control fiscal externo y la prohibición injerencia del ente de control en las decisiones administrativas de las entidades sometidas a su vigilancia. Es preciso además que la Corte resuelva la tensión entre principios constitucionales que se plantea a propósito de esta controversia: por un lado, la efectividad del control fiscal, que reclamaría una vis expansiva, una anticipación, con carácter preventivo y proactivo, del momento en que inicia la intervención de la Contraloría como la que se propone con la función de advertencia; de otro lado, los principios de orden constitucional que propenden por mantener el carácter posterior del control fiscal externo que lleva a cabo dicha entidad, para así salvaguardar la autonomía e independencia del ente de control, que se ven comprometidas cuando este incurre en alguna forma de coadministración.

59. En reiteradas ocasiones la Corte se ha valido del principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa orientada a establecer, en los casos difíciles, si una norma o medida enjuiciada lleva a cabo un adecuado balance entre los principios constitucionales en colisión. Para ello se examina: (i) la legitimidad del fin perseguido por la medida; (ii) la idoneidad o aptitud del medio elegido por el legislador para alcanzar dichos fines; (iii) la necesidad del medio, determinada por la ausencia de otras medidas alternativas para alcanzar la misma finalidad, con menor sacrificio para los principios constitucionales que se ven afectados por la medida enjuiciada; (iv) la estricta proporcionalidad del medio.

60. En las consideraciones precedentes ha quedado claro que la función de advertencia se orienta al logro de fines constitucionalmente legítimos, al procurar una mayor eficacia y efectividad del control fiscal a través de la anticipación de la intervención del ente de control, y representa un medio idóneo para alcanzarlos, en tanto la formulación de advertencias por parte de la Contraloría tiene una efectiva capacidad para evitar que la administración persista en un curso de acción que merece reparos desde el punto de vista fiscal.

Es preciso, por tanto, evaluar si la función de advertencia establecida en la norma demandada constituye una medida necesaria para alcanzar los propósitos antes mencionados. Este examen demanda: (i) identificar si existen otros medios alternativos para satisfacer el mismo propósito; (ii) comparar dichos medios con la norma enjuiciada, para efectos de establecer si ellos revisten una idoneidad equivalente y una menor lesividad, desde la perspectiva de los principios constitucionales que se ven comprometidos con la función de advertencia.

61. Entre los medios alternativos dispuestos para alcanzar los fines perseguidos con el control de advertencia, se encuentra el control interno que, según lo previsto en los artículos 209 y 269 superiores, están obligadas a implementar las entidades públicas.

Como quedó expuesto, atribuir carácter posterior y selectivo al control en cabeza de la Contraloría no implicó una renuncia del constituyente a la implementación de formas de control previo de la gestión fiscal, sino que, para efectos de no comprometer la autonomía del ente de control externo, aquellos mecanismos preventivos, a los que se confiere naturaleza administrativa y corresponden a un primer nivel de control, habrían de ser implementados, con carácter general, a través de los sistemas de control interno.

El control interno, inicialmente regulado por la Ley 87 de 1993,[87] fue objeto de reestructuración y de un importante desarrollo normativo, tras la instauración de un Sistema Nacional de Control Interno dispuesta por la Ley 489 de 1998[88] y reglamentado, entre otros, por los Decretos 2145 de 1999[89] y 934 de 2014[90].

Si bien esta herramienta tiene un amplio espectro de objetivos, contemplados en el artículo 2º de la Ley 87 de 1993[91], recoge dentro de estos el “(p)roteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten”, así como el “(d)efinir y aplicar medidas para prevenir errores, riesgos, desaciertos o irregularidades financieras o administrativas, así como detectar y corregir las desviaciones que se presentan y que pueden afectar el cumplimiento de objetivos y metas programadas”. Propósitos que coinciden, en lo sustancial, con la finalidad que se busca

alcanzar con la función de advertencia.

Al igual que el control fiscal externo que ejercita la Contraloría, también el control interno debe consultar criterios de "igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales"[92], así como criterios de eficacia, que coinciden con los que orientan el ejercicio de la vigilancia fiscal atribuida a la Contraloría.

Asimismo, las disposiciones que regulan el control interno le atribuyen a los auditores internos, entre otras, la competencia para "(v)erificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios",[93] la cual se asemeja a la facultad para emitir advertencias que la norma demandada atribuye a la Contraloría. Inclusive, en aras de mantener la independencia del funcionario encargado del control interno, el párrafo de la norma citada le prohíbe participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones o refrendaciones.

Por último, con el fin de asegurar la necesaria coordinación entre el control fiscal que, con carácter previo, corresponde implementar a las propias entidades públicas a través del sistema de control interno, y el control fiscal externo en cabeza de la Contraloría, la Constitución en su artículo 268 numeral 6º le atribuye al Contralor General de la República la competencia para conceptuar y evaluar la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado. Además, se atribuye al Contralor General de la República la competencia para reglamentar los métodos y procedimientos que regirán esta evaluación.[94]

62. Pero además, los mecanismos de control interno se complementan con los controles previos de los que dispone la propia Administración, por conducto de las Superintendencias, en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre ciertas actividades, como la salud, los servicios públicos, entre otras. En ejercicio de sus competencias, tales entidades se encuentran facultadas para formular advertencias allí donde se constaten actuaciones que puedan comprometer la adecuada realización de estas actividades y la adecuada gestión de recursos públicos que a ellas se destinan.

63. En definitiva, el propio constituyente dispuso, a través del control interno establecido en los artículos 209 y 269 superiores, de un mecanismo alternativo que permite alcanzar los propósitos perseguidos con la función de advertencia, toda vez que el mismo faculta a los entes encargados de dicho control a intervenir de manera previa para detectar y corregir las desviaciones en la gestión de la entidad vigilada, que puedan afectar el cumplimiento de sus objetivos y comprometer el adecuado manejo de sus recursos. Asimismo, la formulación de este tipo de advertencias por conducto de las instancias encargadas del control interno, respeta los límites constitucionales que se derivan del carácter posterior del control externo y de la prohibición dirigida a la Contraloría de ejercitar funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. A través de este mecanismo alternativo no se compromete la adecuada coordinación entre el ejercicio del control fiscal previo, a través de la figura del control interno, y el control posterior externo, dado que el primero constituye uno de los insumos para el ejercicio de este último.

Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control.

Conclusiones

65. El primero de estos límites es desconocido, por cuanto, como lo dispone la literalidad de la norma acusada, la función de advertencia recae sobre “operaciones o procesos en ejecución”. Esto implica, por definición, que el precepto cuestionado faculta a la Contraloría para intervenir antes de que se adopten las decisiones y culminen los procesos y operaciones susceptibles de control fiscal posterior. Es precisamente el carácter previo el que confiere sentido a la formulación de advertencia, y a que la propia norma acusada establezca que, sobre los hechos así identificados, luego se ejercitará el control fiscal posterior.

Al examinar este punto, la Sala concluye que la norma acusada instaura un mecanismo de control fiscal previo, en tanto no sólo faculta a la Contraloría para vigilar, esto es, para observar atentamente la gestión fiscal, sino que además le otorga competencia para intervenir a través de la formulación de advertencias destinadas a corregir el rumbo de una acción. Es esta posibilidad de intervención ex ante la que permite catalogar tal facultad como un ejercicio no de mera vigilancia sino de control y, por tanto, entender que, la función de advertencia desconoce el límite en virtud del cual el control fiscal externo que se atribuye a la Contraloría sólo puede operar a posteriori.

66. Pero además la función de advertencia atribuye a la Contraloría desconoce la prohibición establecida en el inciso 4º del artículo 267 de la Constitución, por cuanto otorga una competencia al máximo ente de control fiscal para incidir, por vía negativa, en la toma de decisiones administrativas.

Es cierto que las advertencias formuladas en ejercicio de esta función formalmente carecen de efectos vinculantes para sus destinatarios, han de estar desprovistas de tono imperativo y abstenerse de indicar, en positivo, las acciones que debería emprender el gestor fiscal para corregir el riesgo detectado. Sin embargo, a juicio de la Sala ello no les resta la capacidad de incidir en las decisiones y en el curso de los procesos y operaciones de las autoridades administrativas sometidas a vigilancia, pues la inminencia del control posterior que se cierne sobre los hechos respecto de los cuales se ha formulado una previa advertencia, sumada a la competencia de la entidad para investigar y, eventualmente, sancionar al destinatario de la misma, tiene capacidad para suspender la actuación de la administración.

67. Por último, la Sala considera que la modalidad de control fiscal previo representada en la función de advertencia constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que, para salvaguardar la autonomía e independencia de la Contraloría, establecen el carácter posterior del control externo y la prohibición de coadministración. El propio constituyente dispuso de otros mecanismos que, sin comprometer los mencionados límites, permiten alcanzar las finalidades constitucionales perseguidas con el control de advertencia previsto en la norma acusada. Se trata de los dispositivos de control fiscal

interno que, según lo previsto en los artículos 209 y 269 superiores, están obligadas a implementar las entidades públicas.

Luego de examinar las normas legales que disciplinan el ejercicio del control interno, la Corte concluyó que dentro de sus objetivos, criterios de actuación y facultades específicas conferidas a las entidades encargadas de llevarlo a efecto, queda comprendida la facultad de intervenir de manera previa en las actuaciones de la administración. A través de este mecanismo alternativo no se compromete la adecuada coordinación entre el ejercicio del control fiscal previo, a través de la figura del control interno, y el control posterior externo, dado que el primero constituye uno de los insumos para el ejercicio de este último. Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control.

68. Por lo anterior, la Corte declarará inexequible el numeral 7º del artículo 5º del Decreto 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”.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el numeral 7º del artículo 5º del Decreto 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”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-103/15

FUNCION DE ADVERTENCIA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA SOBRE OPERACIONES O PROCESOS EN EJECUCION-Constitucionalidad (Salvamento de voto)

FUNCION DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA DE ADVERTIR SOBRE OPERACIONES O PROCESOS EN EJECUCION PARA PREVER GRAVES RIESGOS DEL PATRIMONIO PUBLICO-Control posterior y selectivo (Salvamento de voto)

FUNCION DE ADVERTIR SOBRE OPERACIONES O PROCESOS EN EJECUCION PARA PREVER GRAVES RIESGOS DEL PATRIMONIO PUBLICO Y EJERCER EL CONTROL POSTERIOR-Debió declararse la exequibilidad al partir de un entendimiento amplio e integral de la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República como legítima y válida

(Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-10404

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7º del artículo 5 del 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”

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corte, salvo mi voto a la presente sentencia mediante la cual se decide “declarar inexecutable el numeral 7º del artículo 5º del Decreto 267 de 2000, “por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General literal e) del artículo 10 de la Ley 1264 de 2008”, en razón a que considero que el precepto demandado que consagra la “función de advertencia” de la Contraloría General de la República es constitucional, por las siguientes razones:

1. El numeral 7 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000 demandado, consagra las funciones de la Contraloría y prevé la “función de advertencia” por parte de ese organismo de control, en cuanto lo faculta para “advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prevenir graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”. El cargo enervado se presenta por violación del control posterior y selectivo previsto en el artículo 367 Superior.

2. Me aparto de la decisión de inexecutable adoptada respecto de este precepto, en razón a que considero correcta la orientación jurisprudencial ya adoptada por la Corte en relación con la función de advertencia de la Contraloría, mediante la Sentencia C-967 de 2012 del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual se parte de un entendimiento amplio e integral de la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría, y se entiende la función de advertencia como legítima y válida desde el punto de vista constitucional.

En este sentido, sostuvo la Corte:

“Coherente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad, mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad -sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades[95].

Desde esta perspectiva, la Corte ha insistido en que los organismos de control fiscal no están facultados para intervenir en los procesos de contratación estatal ni tomar parte en las decisiones administrativas de cada entidad. Por ello esta corporación ha rechazado los mecanismos que suponen una intromisión ilegítima en la contratación estatal cuando

implican el ejercicio de una función que el Constituyente sustrajo de los organismos de control fiscal.”

Igualmente, expresó esta Corporación en el mismo pronunciamiento:

“La naturaleza amplia de esta función significa que no es de recibo una hermenéutica de las normas legales encaminada a restringir o excluir el control fiscal cuando están comprometidos recursos públicos, en concreto en los procesos de contratación estatal. Por el contrario, a la luz del principio de interpretación conforme, debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales; incluye el proceso de manejo e inversión; y se proyecta también en la evaluación de los resultados obtenidos con la utilización de esos recursos de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados, es decir, con posterioridad a la finalización y liquidación de los contratos estatales.”

3. En criterio del suscrito Magistrado la facultad de advertencia de la Contraloría sobre operaciones o procesos en ejecución es constitucional por cuanto: (i) no constituye una modalidad de control, ni por tanto un control previo, toda vez que no implica una intervención en la administración, y no tiene un carácter vinculante, de manera que no contraviene el modelo de control fiscal previsto por la Carta de 1991; (ii) tiene carácter excepcional y se enmarca dentro de la competencia general de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría -art.267 CP-; (iii) se deriva del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público -art.113 CP-, de manera que se trata, de una importante herramienta para efectuar la vigilancia de la gestión fiscal; (iv) cumple con unas finalidades constitucionales legítimas y supremamente relevantes como es advertir y prevenir sobre el posible deterioro y afectación del patrimonio público; (v) no puede constituir una interferencia en la administración, y por tanto no se trata tampoco de una modalidad de coadministración, por cuanto la Contraloría no efectúa indicaciones sobre la manera en que debe ejecutarse el gasto público, razón por la cual no se infringe la prohibición prevista en el inciso 4º del artículo 267 CP; (vi) es válida desde el punto de vista del principio de interpretación conforme con la Constitución, según el cual el entendimiento que acoja la Corte debe ser el que más se ajuste a los principios, valores, derechos y finalidades constitucionales que informan el control fiscal amplio e integral; y (vii) por tanto, la Corte no debió realizar una interpretación restrictiva y limitadora de las facultades de la Contraloría cuya función es velar por el patrimonio público, para cuyo logro es de gran importancia la función de advertencia atribuida a la Contraloría General de la República.

Con fundamento en lo expuesto, salvo mi voto a la presente providencia judicial.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-103/15

Referencia: expediente D-10404

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7o del artículo 5 del 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".

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, me permito manifestar mi aclaración de voto en relación con lo decidido por la Sala Plena en el asunto de la referencia.

Mediante la sentencia C-103 de 2005, la Corte declaró inexecutable el numeral 7o del artículo 5o del Decreto 267 de 2000, por infringir lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución. Dicha norma establecía, en cabeza de la Contraloría General de la República la función de advertencia. De acuerdo con la demanda estudiada por el Tribunal, tal facultad desconocía el carácter previo del control fiscal la prohibición de coadministración, establecidos por el Constituyente de 1991.

La Sala concluyó que dicha función de advertencia establecida en la norma acusada sí era inexecutable, ya que si bien pretendía alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a la Contraloría, desconocía el artículo 267 de la Carta, por cuanto (i) constituía una modalidad de control previo, ya que por definición se ejercía antes de que se adoptaran las decisiones administrativas y concluyeran los procesos que luego también serán objeto de control posterior; (ii) le otorgaba a la Contraloría un poder de coadministración, porque a través de las advertencias lograba tener incidencia en decisiones administrativas aún no concluidas.

Aunque en esta ocasión comparto el sentido de la decisión en cuanto a que la disposición acusada es contraria al artículo 267 de la Carta porque establece una forma de control fiscal previo que no está permitida para la Contraloría General de la República, considero sin embargo que, tal y como se encontraba redactada en el numeral 7o del artículo 5o del decreto 267 de 2000, no podía concluirse que la disposición también comportaba la facultad de coadministración en cabeza del órgano de control. Ello porque el mero aviso debía ser entendido como una alerta en procura de la protección de los fines del estado y como expresión del principio constitucional de colaboración armónica. Por lo anterior, la Corte no debió servirse del argumento de la coadministración para declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada.

Fecha ut supra,

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-103/15

FUNCION DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA DE ADVERTIR SOBRE OPERACIONES O PROCESOS EN EJECUCION PARA PREVER GRAVES RIESGOS DEL PATRIMONIO PUBLICO Y EJERCER EL CONTROL POSTERIOR-Control interno de entidades públicas y función de inspección y vigilancia por Superintendencias permiten alcanzar finalidades perseguidas con la norma acusada (Salvamento de voto)

FUNCION DE ADVERTIR SOBRE OPERACIONES O PROCESOS EN EJECUCION PARA PREVER GRAVES RIESGOS DEL PATRIMONIO PUBLICO Y EJERCER EL CONTROL POSTERIOR-Debió declararse la exequibilidad al partir de un entendimiento amplio e integral de la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República como legítima y válida (Salvamento de voto)

FUNCION DE ADVERTENCIA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA SOBRE OPERACIONES O PROCESOS EN EJECUCION-Constitucionalidad (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-10404

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7o del artículo 5o del 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.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito explicar la razones que me llevaron a salvar el voto en el asunto de la referencia.

Mi discrepancia con el fallo adoptado en este caso radica, precisamente, en que no comparto la declaratoria de inexecutable del numeral 7o del artículo 5o del Decreto Ley 267 de 2000, el cual le atribuye a la Contraloría General de la República la función de “advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”.

La mayoría de la Sala avaló la inconstitucionalidad de dicho precepto bajo la consideración según la cual, la función de advertencia prevista en la disposición demandada, si bien persigue el logro de objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a esa entidad, desconoce el mandato contenido en el artículo 267 de la Constitución Política, en cuanto dispone que el control

fiscal asignado a la Contraloría solo puede operar a posteriori y prohíbe cualquier forma de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control. Consideró, además, que existen otros mecanismos que, sin comprometer los límites fijados por el Constituyente, permiten alcanzar las finalidades perseguidas con la norma acusada, como lo es el control interno de las entidades públicas y las funciones de inspección y vigilancia a cargo de las Superintendencias.

En esta oportunidad, me aparto de tales consideraciones, toda vez que, a mi juicio, la disposición demandada debió haber sido declarada exequible, atendiendo a la posición sentada por la Corte en la sentencia C-967 de 2012, en la cual se parte de un entendimiento amplio e integral de la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República, y se entiende la función de advertencia como legítima y válida desde el punto de vista constitucional.

Puntualmente, estimo que la función de advertencia de la Contraloría General de la República sobre operaciones o procesos en ejecución es constitucional, habida cuenta que (i) no constituye una modalidad de control ni, por tanto, un control previo, pues no implica una intervención en la administración y no tiene carácter vinculante, de manera que no contraviene el modelo de control fiscal previsto en la Carta de 1991; (ii) tiene carácter excepcional y se enmarca dentro de la competencia general de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría [art. 267 CP]; (iii) se deriva del principio de colaboración armónica entre las ramas del Poder Público [art. 113 CP], siendo una importante herramienta para efectuar la vigilancia de la función fiscal; (iv) cumple con unas finalidades constitucionales legítimas y supremamente relevantes como es advertir y prevenir sobre el posible deterioro y afectación del patrimonio público; (v) no puede constituir una interferencia en la administración y, por tanto, no se trata tampoco de una modalidad de coadministración, como quiera que la Contraloría no da indicaciones sobre la manera en que debe ejecutarse el gasto público, razón por la cual no se infringe la prohibición prevista en el inciso 4o del artículo 267 de la Constitución Política; (vi) es válida desde el punto de vista del principio de interpretación conforme con la Constitución, según el cual, el entendimiento que acoja la Corte debe ser el que más se ajuste a los principios, valores, derechos y finalidades constitucionales que informan el control fiscal amplio e integral; y, por tanto, (vii) la Corte no debió realizar una interpretación restrictiva y limitadora de las funciones de la Contraloría, cuya función es velar por el patrimonio público, para lo cual resulta de gran importancia la función de advertencia atribuida por la norma acusada.

En los términos expuestos, dejo entonces sentadas las razones que me llevaron a salvar el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] Cita las sentencias C-189 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-623 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz), C-167 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz), C-570 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz), C-189 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y C-716 de 2002 (MP.

Marco Gerardo Monroy Cabra).

[2] Abogada Lina María Tamayo Berrío. La intervención de esta entidad consta en dos escritos, radicados el 16 y 17 de septiembre de 2014 (folios 35 a 49 y 65 a 69, cuaderno principal), cuyos principales elementos se resumen a continuación.

[4] El artículo 127 de la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, dispone: “Artículo 127. Verificación de los beneficios del control fiscal. La Auditoría General de la República constatará la medición efectuada por las Contralorías de los beneficios generados por el ejercicio de su función, para lo cual tendrá en cuenta que se trate de acciones evidenciadas debidamente comprobadas, que correspondan al seguimiento de acciones establecidas en planes de mejoramiento o que sean producto de observaciones, hallazgos, pronunciamientos o advertencias efectuados por la Contraloría, que sean cuantificables o cualificables y que exista una relación directa entre la acción de mejoramiento y el beneficio.”

[5] La intervención, suscrita por los profesores Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Luis Gilberto Ortegón Ortegón, obra a folios 70 a 74, cuaderno principal.

[6] El escrito, firmado por el profesor Alberto Montaña Plata, obra a folios 75 a 78, cuaderno principal.

[7] MP. Jorge Iván Palacio Palacio, SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[8] Folios 30 a 34, cuaderno principal.

[9] Folios 80 a 87, cuaderno principal.

[10] MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En ella la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 617 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda.

[11] Jeyson Andrés Zárate Castañeda, Fabián Andrés Alfonso Granados, Susana Carolina Pérez Correa y María Fernanda Romero Bello.

[12] Al respecto pueden verse, entre otras, las sentencias C-068 de 1993 (MP. Simón Rodríguez, AV. Ciro Angarita Barón), C-132 de 1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), C-529 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, AV. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-534 de 1993 (MP. Fabio Morón Díaz), C-167 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz), C-374 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell), C-054 de 1997 (Antonio Barrera Carbonell), C-065 de 1997 (MP. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero, SV. Vladimiro Naranjo Mesa, SV. José Gregorio Hernández Galindo), C-189 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-499 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-113 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), C-403 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-623 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz), C-484 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-505 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil, SV. Clara Inés Vargas), C-661 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-1191 de 2000 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-089 de 2001 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-364 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett, SV. Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil,

AV. Eduardo Montealegre Lynett y Álvaro Tafur Galvis), C-127 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra, SV. Rodrigo Escobar Gil, Jaime Araújo Rentería), C-290 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), C-648 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-716 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-1176 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SV. Rodrigo Escobar Gil), C-529 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-557 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), C-541 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), C-599 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-967 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio, SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[13] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta sentencia declaró exequible Ley 598 de 2000 (“Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.”), acusada de desconocer el carácter posterior y selectivo del control fiscal previsto en el artículo 267 de la Carta debido a que tal normatividad atribuye a la Contraloría la competencia para administrar diversos sistemas de información empleados en la fiscalización de la contratación estatal (Sistema de Información para la vigilancia y Contratación Estatal –SICE-, Catálogo Único de Bienes y Servicios –CUBS- y el Registro Único de Precios de Referencia –RUPR-). La Corte declaró que esta ley se ajustaba a la Constitución, tras concluir que sus disposiciones no establecían una modalidad de control fiscal previo.

[14] “Sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría”.

[15] “Por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial de la Nación y del Departamento de Contraloría”

[16] El artículo 9º del Decreto 911 de 1932 preveía: “Aunque se ciñan a las leyes vigentes, serán requisitos indispensables previos a la celebración de cualquier contrato u otra forma de compromiso que implique erogación de fondos del Tesoro Nacional de mil pesos (\$1.000) moneda legal o más: [...] c) Que el funcionario que ha de celebrarlo, someta al Contralor General una copia del contrato o convenio proyectado para que el Contralor General certifique la partida que hubiere disponible en la respectiva vigencia discal. Dicho certificado del Contralor General debe acompañarse al contrato proyectado, del cual formará parte integrante, y la cantidad así afectada no estará disponible en lo sucesivo para ser gastada de distinta manera, a menos que el Gobierno quede libre de aquel contrato u obligación. Se entiende que esta reserva es válida por el tiempo que fijan las leyes sobre la materia.” Entretanto, el artículo 11 del mismo decreto establecía que: “Todos los contratos celebrados con los requisitos previos establecidos en los artículos anteriores, serán registrados en el Departamento de Contraloría, donde quedará archivada una copia de cada uno de ellos...”

[17] “Por la cual se modifican las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones”.

[18] “Por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de

auditoria, el alcance que deben tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística”.

[19] El artículo 3º del Decreto 925 de 1976 definió el control perceptivo como “la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros”, mientras que el control posterior es definido en el artículo 4º del mismo decreto como “la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registro, y en determinar si se ajustan a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos”.

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 5 de noviembre de 1979, C.P. Carlos Galindo Pinilla, Proceso 2896, Radicado 209250-357-CE-SEC1-1979-11-05. En esta decisión se declara la nulidad de los apartes de un concepto emitido por la Contraloría General de la República, donde se ordenaba al Ministerio de Obras Públicas y Transporte abstenerse de refrendar los reajustes sobre el valor de unos contratos. Reiterando el criterio sostenido en el auto que ordenó la suspensión provisional de dicho acto, el alto Tribunal consideró que el concepto en cuestión era violatorio de los artículos 59 y 60 de la Constitución de 1886, por cuanto en el caso concreto “la Contraloría desconoce la competencia del Ministerio de Obras Públicas para disponer y liquidar reajustes por mora en el pago de obras ya entregadas y por tales razones ordena que no se refrende la erogación, con lo cual se hace imposible la ejecución del acto de la administración.//Ello implica que la Contraloría haga un juicio que desborda el marco fiscal y que, con fundamento en ese juicio, impida la ejecución de un acto que sólo podría controvertirse por la vía jurisdiccional”. El mismo criterio de decisión fue reiterado por la Sección Primera del Consejo de Estado, entre otras, en las sentencias del 21 de julio 21 de 1984, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, expediente No. 4593; en la sentencia del 16 de septiembre de 1987, C.P. Aydée Anzola Linares, expediente No. 16; sentencia del 22 de julio de 1988, C.P. Guillermo Benavides Melo, expediente No. 623. En todas estas decisiones se declaró la nulidad de conceptos emitidos por la Contraloría por considerar que en ellos se excedía el ámbito del control fiscal para inmiscuirse en competencias propias de la Administración.

[21] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[22] Lascarro, Leopoldo “Administración Financiera y el Control Fiscal”, citado por Abel Cruz Santos, “el presupuesto colombiano”, Editorial Temis, 1963, pág 245. Citado a su vez por Diego Younes Moreno, Régimen del Control Fiscal y del Control Interno. Editorial Legis, tercera edición, Bogotá, 1998, Pág. 192

[23] Informe de Ponencia presentado por Álvaro Cala Hederich, Jesús Pérez González, Helena Herrán de Montoya, Mariano Ospina Hernández, Germán Rojas y Carlos Rodado Noriega. Gaceta Constitucional Nº 53 pág. 19, reiterado en el Informe de Ponencia para Primer Debate presentado por los anteriores y publicado en la Gaceta Constitucional No. 77, pág. 2.

[24] Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolff, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez, “Informe Ponencia sobre Estructura del Estado”, Gaceta

Constitucional No 59, pág. 10.

[25] Sentencias C-374 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell), C-1191 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-290 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

[26] Sentencia C-167 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz).

[27] Sentencia C-529 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

[28] Sentencias C-403 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-364 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett, SV. Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil, AV. Eduardo Montealegre Lynett y Álvaro Tafur Galvis) y C-127 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra, SV. Rodrigo Escobar Gil, Jaime Araujo Rentería).

[29] Sentencia C-541 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

[30] Sentencia C-529 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, AV. Eduardo Cifuentes Muñoz), donde la Corte, entre otras determinaciones, declaró exequibles los apartes del artículo 2º de la Ley 42 de 1993 en donde se establecía como sujeto del control fiscal al Banco de la República. Este Tribunal sostuvo que el carácter autónomo y el régimen especial dispuesto en la Constitución para el Banco de la República, no implican sustraer a dicha entidad del ámbito de control. No obstante, advirtió que “en lo que concierne al control fiscal, debe precisarse que éste no es permanente como equivocadamente lo articula la norma acusada, sino que ha de llevarse a cabo cuando el Banco ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga”.

[31] Sentencia C-1176 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SV. Rodrigo Escobar Gil).

[32] “Sobre la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.

[33] El artículo 10 de la Ley 42 de 1993 define el control financiero como “el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.”

[34] Definido en el artículo 11 de la Ley 42 de 1993 como “la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.”

[35] El artículo 12 de la Ley 42 de 1993 define el control de gestión como “el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.”

[36] El control de resultados es definido en el artículo 13 de la Ley 42 de 1993 como “el examen que se realiza para establecer en qué medida. los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado”.

[37] Definida en el artículo 14 de la Ley 42 de 1993 como “el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones”.

[38] Sentencia C-1191 de 2000 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), reiterado en la C-967 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[39] MP. Fabio Morón Díaz. La Corte declaró inexequibles algunos apartes del inciso 2º del artículo 4º de la Ley 42 de 1993 (“Sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”), en los que se facultaba a “los auditores” y a “las auditorías” para el ejercicio de control fiscal posterior y selectivo. Este Tribunal sostuvo que resultaba inconstitucional encomendar a estas entidades la competencia para llevar a cabo el control fiscal externo, dado que este último sólo se atribuye a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales y municipales, mientras que el control interno que llevan a cabo las entidades públicas constituye un ejercicio de función administrativa). Preciso que la declaratoria de inexequibilidad no impedía la creación de auditorías como instancias de control fiscal interno, dentro de las entidades públicas, como tampoco designar con tal expresión a dependencias internas de las Contralorías, o descalificar la figura del Auditor General de la Nación establecido en la Constitución.

[40] MP. Antonio Barrera Carbonell. La Corte declaró inexequible un aparte del artículo 27 de la Ley 142 de 1994, que facultaba a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios para determinar que el control fiscal al que están sometidas sea contratado con empresas privadas. Se estimó que tal norma contrariaba la Constitución por cuanto “la vigilancia fiscal es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal. Por consiguiente, y dentro de la regulación prevista en la ley, son éstos los que pueden habilitar a una empresa privada mediante el mecanismo de la contratación para ejercer dicha atribución, y nunca la entidad vigilada o controlada”.

[41] MP. Fabio Morón Díaz. En esta sentencia resuelve la demanda formulada contra los artículos 5º y 6º de la Ley 443 de 1998, “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”.

[42] MP. Clara Inés Vargas Hernández, SV. Rodrigo Escobar Gil. Declara exequible el numeral 8º del artículo 4º del 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”), acusado de infringir la autonomía de los entes de control fiscal, en tanto faculta a la Contraloría General de la República para vigilar a la Auditoría General de la República, que constitucionalmente es el órgano que ejerce vigilancia sobre aquella. La Corte consideró que la disposición acusada, si bien atribuía tal competencia a la Contraloría, no desconocía la autonomía presupuestal, administrativa y jurídica de la

Auditoría General de la República.

[43] MP. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta sentencia la Corte declaró exequibles algunos apartes del artículo 37 de la Ley 42 de 1993, que asignan al Contralor General de la República, las funciones de consolidar la ejecución del presupuesto general del sector público, incluyendo los presupuestos de los particulares o entidades que manejan fondos de la Nación.

[44] MP. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[45] “Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública”. “ARTÍCULO 65. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN CONTROL FISCAL. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.// Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso[45], la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.// El control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de control interno.// Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden”.

[46] “Sobre la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.

[47] Sentencia C-113 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

[48] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[50] MP. José Gregorio Hernández Galindo.

[51] La norma sometida a control era un aparte del artículo 25 numeral 11 de la Ley 80 de 1993, que establece: ARTICULO 25.- Del principio de Economía. En virtud de este principio: (...) 11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación (...).”.

[52] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[53] MP. Jaime Córdoba Triviño. Declara exequibles los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000 (“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”). La primera de estas normas dispone que en los procesos de responsabilidad fiscal se vincule en calidad de tercero civilmente responsable a la compañía de seguros que haya suscrito la póliza que respalda el contrato objeto de controversia. La segunda ordena a las contralorías solicitar a las autoridades administrativas declarar la caducidad de los contratos cuando el contratista haya sido declarado fiscalmente responsable. Entre otros cargos formulados, se acusaba a estas normas de desconocer el esquema constitucional sobre la gestión y la responsabilidad fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, al extender la intervención de este organismo a los contratos estatales en ejecución, a los contratistas y a los garantes de

obligaciones meramente contractuales, y al facultarla para establecer todo tipo de responsabilidad frente a quienes no manejan fondos públicos. La Corte concluyó que las normas demandadas se ajustaban a la Constitución, por cuanto: “1ª) Las contralorías sí pueden ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, en dos momentos, a) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos y b) una vez liquidados o terminados los contratos; tal actuación no constituye vulneración del carácter posterior del control asignado a estos organismos por los artículos 267 y 272 de la Constitución Política; 2ª) La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación; y 3ª) La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública.”

[54] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[55] “Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.”

[56] MP. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta sentencia la Corte declaró exequibles algunos apartes del artículo 37 de la Ley 42 de 1993, que asignan al Contralor General de la República, las funciones de consolidar la ejecución del presupuesto general del sector público, incluyendo los presupuestos de los particulares o entidades que manejan fondos de la Nación.

[57] MP. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Esta sentencia resolvió la demanda interpuesta contra el artículo 217 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012 (“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”).

[58] MP. Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia se declaran exequibles algunos apartes de los artículos 80 (parcial) y 81 (parcial) de la Ley 42 de 1993, en los cuales se establece que los actos proferidos en los procesos de responsabilidad fiscal son de naturaleza administrativa y, por tanto, están sometidos a control por parte de la jurisdicción administrativa. La Corte señala de manera enfática que las Contralorías no pertenecen a la rama ejecutiva del poder público ni realizan funciones administrativas distintas de las que son inherentes a su propia organización y funcionamiento. No obstante, sobre la base de la distinción entre función administrativa activa (ejecución) y pasiva (control de la legalidad de la ejecución), precisa que no es impropio calificar como actos administrativos los que expiden las contralorías en ejercicio del control fiscal, por cuanto estos constituyen una modalidad de función administrativa pasiva. Por tanto, se afirma que la consideración de estos actos como administrativos, para efectos de someterlos al control ante la jurisdicción

administrativa, no se opone a la Constitución, toda vez que “la Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad”, razón por la cual “la eventual revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un Estado de derecho no puede haber acto estatal sin control.”

[59] Sentencia C-167 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz).

[60] Ver, entre otras, las sentencias C-527 de 1994 y C-100 de 1996.

[61] MP. José Gregorio Hernández Galindo.

[62] En sentencia del 5 de noviembre de 1979 (C.P. Carlos Galindo Pinilla, Proceso 2896, Radicado 209250-357-CE-SEC1-1979-11-05), la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad de los apartes de un concepto emitido por la Contraloría General de la República, donde se ordenaba al Ministerio de Obras Públicas y Transporte abstenerse de refrendar los reajustes sobre el valor de unos contratos. El alto Tribunal consideró que el concepto en cuestión era violatorio de los artículos 59 y 60 de la Constitución de 1886, por cuanto en el caso concreto “la Contraloría desconoce la competencia del Ministerio de Obras Públicas para disponer y liquidar reajustes por mora en el pago de obras ya entregadas y por tales razones ordena que no se refrende la erogación, con lo cual se hace imposible la ejecución del acto de la administración.//Ello implica que la Contraloría haga un juicio que desborda el marco fiscal y que, con fundamento en ese juicio, impida la ejecución de un acto que sólo podría controvertirse por la vía jurisdiccional”.

[63] En sentencia del 16 de septiembre de 1987 (C.P. Aydée Anzola Linares, expediente No. 16), la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad del aparte de un concepto de la Contraloría en el que se advertía que “(d)esde el punto de vista Fiscal, es improcedente hacer extensivos a los empleados públicos de la Empresa Puertos de Colombia, los beneficios pactados en convenciones colectivas de trabajo”.

[64] Así, en la Sentencia del 22 de julio de 1988 (C.P. Guillermo Benavides Melo, expediente No. 623), la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad de un acto administrativo proferido por la Contraloría en el que se conceptuaba que: “Para aquellas entidades oficiales como los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos (como lo es CORELCA de acuerdo al Decreto 963 de 1972), que obran exclusivamente con arreglo al Derecho Público y celebran contratos administrativos, no es viable el pacto de intereses sino en casos expresamente autorizados por la ley”, y al final del mismo se advertía que este tipo de conceptos “son de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios”.

[65] “Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución”.

[66] El artículo 1º numeral 1º de la Ley 573 de 2000 faculta al Presidente de la República para: “1. Modificar la estructura de la Contraloría General de la República; determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la

República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.”

[67] Contraloría General de la República, Circular No. 005 del 21 de junio de 2007 (obra a folios 53 a 63, cuaderno principal. El fragmento citado se encuentra a fol. 60).

[68] Contraloría General de la República, Circular No. 005 del 21 de junio de 2007 (los fragmentos citados se encuentran a fols. 61 a 63).

[69] *Ibíd.*, folio 55 y 59.

[70] *Ibíd.*, folio 62.

[71] Esta entidad calcula que, como consecuencia del mencionado incremento, mientras entre 2006-2010 a través de la función de advertencia se prevenían detrimentos patrimoniales por un valor total de 3.227.886 millones de pesos, en el período 2010-2014 esta cifra se incrementó a 15.305.786 millones de pesos. (Folio 68, reverso).

[72] MP. Jorge Iván Palacio Palacio, SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[73] En la referida sentencia C-967 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio, SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se resolvió la demanda interpuesta contra el artículo 217 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012 (“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”). El problema jurídico implicado en esta controversia consistía en determinar si la norma acusada, al autorizar que en el acta de liquidación de los contratos estatales consten los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las controversias y poder declararse a paz y salvo, desconoce o restringe las competencias en cuanto a la vigilancia de la gestión fiscal y de resultado atribuida a la Contraloría General de la República. La Corte concluyó que los contenidos demandados no infringían las disposiciones superiores, en tanto “la liquidación de los contratos estatales y las constancias que en ellos se dejen respecto de los acuerdos celebrados para declararse a paz y salvo, de ninguna manera pueden ser oponibles para excluir la intervención de los organismos de control, tanto en ejercicios de auditoría como en el marco de eventuales procesos de responsabilidad fiscal, por lo que las expresiones acusadas no vulneran los artículos 119 y 267 de la Constitución”. En consecuencia, declaró la exequibilidad de los apartes normativos demandados.

[74] Contraloría General de la República, Circular No. 005 del 21 de junio de 2007 (los fragmentos citados se encuentran a fols. 53 a 54).

[75] Sentencia C-113 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

[76] Como en el artículo 119 cuando señala que la Contraloría tiene a su cargo “la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. También el inciso 2º del artículo 267 cuando dispone que “(d)icho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin

embargo, autorizar que en casos especiales la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado”.

[77] Así ocurre en el inciso 1º del artículo 267, al disponer que: “(e)l control fiscal es 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 de la Nación”, y en el inciso 3º del mismo artículo según el cual “(l)a vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”.

[78] Las providencias citadas a continuación fueron analizadas en los considerandos 27 a 29 de esta providencia.

[79] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[80] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[81] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[82] “Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.”

[83] Así, en su intervención la Contraloría resalta que “los pronunciamientos por vía de la Función de Advertencia, deben en todo momento estar desprovistos de alocuciones indicadoras de acciones que debe o debería tomar la administración o el gestor fiscal para superar o minimizar el riesgo o amenaza, toda vez, que tales acciones se enmarcarían dentro de la coadministración, entrando en la órbita de competencias propiamente administrativas” (folio 45, reverso). Por su parte, la Vista Fiscal al señala que “en ningún momento estos llamados de atención para la revisión de sus actuaciones constituyen una obligación para las entidades públicas o sus funcionarios, quienes pueden hacer caso omiso de los mismos por considerar que sus actuaciones se ajustan al orden normativo y a los fines del mismo - o aún a sabiendas de las responsabilidades que deben asumir por sus conductas cuando las mismas no se ajustan a la Constitución y la ley -, ya que como representantes legales y ordenadores del gasto se rigen por el principio de autonomía administrativa, financiera y presupuestal” (folio 89).

[84] Algunos de estos pronunciamientos se examinan en los considerandos 12 y 37 de esta providencia

[85] Sobre esta distinción ver John L. Austin, *How do things with words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

[86] Folio 85.

[87] “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”.

[88] “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. El capítulo VI de esta ley (arts. 27 a 29) dispone la creación del Sistema Nacional de Control Interno.

[89] “Por el cual se dictan normas sobre el Sistema Nacional de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Administración Pública del Orden Nacional y Territorial y se dictan otras disposiciones.”

[90] “Por el cual se actualiza el Modelo Estándar de Control Interno (MECI).”

[91] “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”. ARTICULO 2° Objetivos del Sistema de Control Interno. Atendiendo los principios constitucionales que debe caracterizar la administración pública, el diseño y el desarrollo del Sistema de Control Interno se orientará al logro de los siguientes objetivos fundamentales: a) Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten; b) Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional; c) Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad; d) Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional; e) Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros. f) Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos; g) Garantizar que el Sistema de Control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación; h) Velar porque la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características.

[92] Artículo 1º Ley 87 de 1993 (“Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”).

[93] Artículo 12, literal g), de la Ley 87 de 1993.

[95] 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”, dispone en su artículo 5º lo siguiente: “Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República: (...) 7.- Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”. Cfr., Iván Darío Gómez Lee, “El derecho de la contratación pública en Colombia”. Bogotá, Legis,

2012, p.197-284.