

C-109-18

Sentencia C-109/18

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO 028 DE 2008 ARTICULO 13-
Estar a lo resuelto en Sentencia C-937 de 2010

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DICTADO EN VIRTUD DE ACTO
LEGISLATIVO-Competencia de la Corte Constitucional

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Reglas jurisprudenciales

COSA JUZGADA RELATIVA-Existencia

PREAMBULO DE LA CONSTITUCION POLITICA-Contenido

FINES DEL ESTADO-Contenido

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

Referencia: Expediente D-12005

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 (parcial) del Decreto 028 de 2008,
“por medio del cual se define la estrategia de monitoreo y control integral al gasto que se
realice con los recursos del Sistema General de Participaciones”

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., siete de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la siguiente
sentencia, con fundamento en las siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de inconstitucionalidad

1.1. Texto demandado

El día 6 de marzo de 2017, el ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar presentó una demanda de inconstitucionalidad contra los fragmentos del artículo 13 del Decreto 028 de 2008 que, en el marco de la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral del gasto realizado con los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP), disponen las siguientes medidas correctivas hasta por un término máximo de cinco años, sin perjuicio de la facultad para solicitar a la Unidad Administrativa Especial de Monitoreo, Seguimiento y Control el levantamiento de la medida: (i) la facultad de la Nación y de los departamentos para asumir las competencias de las entidades territoriales referidas a la programación presupuestal, ordenación del gasto, competencia contractual y nominación del personal en relación con los recursos del SGP, incluyendo la potestad para designar al administrador del correspondiente servicio, y para celebrar contratos con terceros para garantizar su prestación; (ii) la facultad de la Nación o del Departamento para utilizar la infraestructura pública existente en la respectiva entidad territorial, para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y la correcta ejecución de los recursos destinados a este efecto.

A continuación se transcriben y subrayan los apartes normativos impugnados:

(enero 10)

por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades especiales contenidas en el artículo 356 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 3° del Acto Legislativo número 04 de 2007,

Artículo 13. Medidas correctivas. Con el propósito de ejercer el control a los eventos de riesgo identificados en el presente decreto, además de las previstas para cada sector en las normas vigentes, son medidas correctivas:

13.1. Suspensión de giros a la entidad territorial. Es la medida por medio de la cual se suspende el giro sectorial o general de recursos a la entidad territorial, sin que se afecte el derecho jurídico de la misma a participar en los recursos del Sistema General de Participaciones, ni la continuidad en la prestación del servicio, conforme lo determine el reglamento. El restablecimiento del giro no conlleva el reconocimiento por parte del Gobierno Nacional de montos adicionales por mora, intereses o cualquier otro concepto remuneratorio.

En este evento, la entidad territorial responsable aplazará las apropiaciones presupuestales que se adelanten con cargo a estos recursos, y no podrá comprometer los saldos por apropiar de los recursos sometidos a la medida de suspensión de giro. Una vez adoptada la medida, los actos o contratos que expida o celebre la entidad territorial con cargo a esos saldos de apropiación, serán nulos de pleno derecho y por lo tanto no producirán efectos legales.

13.2. Giro directo. Es la medida en virtud de la cual se giran directamente, sin intermediación de la entidad territorial respectiva, los recursos a los prestadores de los servicios de que se trate, o a los destinatarios finales de los recursos, siempre que con ellos medie una relación legal o contractual que con tal fin se haya definido para asegurar la prestación del respectivo servicio. Para tal efecto, se constituirá una fiducia pública encargada de administrar y girar los correspondientes recursos, contratada de manera directa por la entidad territorial, con cargo al porcentaje de los recursos que le corresponde por concepto de la asignación especial prevista para el Fonpet en el artículo 2° de la Ley 715 de 2001. La contratación de esta fiducia se efectuará con arreglo a las condiciones señaladas por la Unidad Administrativa Especial de Monitoreo, Seguimiento y Control. En el caso de los sectores de salud y agua potable y saneamiento básico, la medida podrá aplicarse a través de los mecanismos definidos por las normas vigentes.

Cuando se adopte una medida de esta naturaleza, la entidad fiduciaria se encargará de verificar y aprobar el pago de las cuentas ordenadas por la entidad territorial, previo concepto de la Unidad Administrativa Especial de Monitoreo, Seguimiento y Control. En este evento, la entidad territorial efectuará la respectiva ejecución presupuestal sin situación de fondos.

La Unidad Administrativa Especial de Monitoreo, Seguimiento y Control determinará el levantamiento de esta medida, su continuidad o la aplicación de la medida prevista en el siguiente numeral

13.3. Asunción temporal de competencia. En el evento en que el municipio incumpla el plan de desempeño con los ajustes a que se refiere el artículo 12 del presente decreto, la competencia para asegurar la prestación del servicio la asumirá temporalmente el departamento, y en el caso de los departamentos o distritos, la Nación, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

13.3.1. El departamento o la Nación, según el caso, ejercerán las atribuciones referentes a la programación presupuestal, ordenación del gasto, competencia contractual y nominación del personal en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones asignados para la financiación del correspondiente servicio. En este evento, el departamento o la Nación, están facultados para determinar quién tendrá a su cargo la administración del servicio y para celebrar los contratos con terceros para este fin.

El administrador o el tercero contratado para estos efectos tendrá las facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público y podrá disponer para tal fin de los recursos del Sistema General de Participaciones como ordenador de gasto y nominador dentro de los límites de la ley. Lo anterior, sin perjuicio del proceso de certificación de competencia sectorial previsto en las disposiciones vigentes en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones, de lo previsto en el numeral 73.15 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 98 de la Ley 1151 de 2007 y lo dispuesto en la Ley 1176 de 2007.

13.3.2. El departamento o la Nación, según el caso, adoptarán las medidas administrativas, institucionales, presupuestales, financieras y contractuales, necesarias para asegurar la continuidad, cobertura y calidad en la prestación de los servicios y la ejecución de los recursos dispuestos para su financiación, para lo cual se le girarán los respectivos recursos del Sistema General de Participaciones.

13.3.3. El departamento o la Nación, según el caso, tendrán derecho, conforme a las normas vigentes, a utilizar la infraestructura pública existente en la respectiva entidad territorial, con el fin de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y la

ejecución de esos recursos.

13.4. Suspensión de procesos contractuales. Es la medida por la cual la Procuraduría General de la Nación con base en los hallazgos encontrados en desarrollo de la estrategia prevista en este decreto, y antes de que sea expedido el acto de adjudicación respectivo, solicita suspender de manera inmediata los procesos de selección contractual, en los cuales no se prevea o aseguren el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad en los servicios o no se adecúen a los trámites contractuales o presupuestales dispuestos por la ley, e informará a la Unidad Administrativa Especial de Monitoreo, Seguimiento y Control”.

1.2. Cargos

Según el actor, la norma demandada vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 2 y 287 de la Constitución Política, porque desconoce los principios de descentralización y de autonomía de las entidades territoriales, así como el sistema constitucional de distribución de competencias entre la Nación y los entes locales.

A su juicio, el precepto impugnado contempla un esquema de intervención extremo de las instancias del orden nacional o departamental en los asuntos locales, hasta el punto de que los municipios, los distritos y los departamentos pueden ser despojados integralmente de las atribuciones que la misma Constitución les otorga, cuando el gobierno central estime que la gestión de los recursos del Sistema General de Participaciones no es el óptimo. De este modo, las disposiciones atacadas no prevén un modelo de participación conjunto entre los distintos niveles territoriales, sino un socavamiento integral de las competencias de los entes locales.

Y si bien es cierto que el Acto Legislativo 04 de 2007 otorgó al gobierno nacional amplias facultades normativas para definir los eventos en los que la gestión de las entidades territoriales pone en peligro la prestación adecuada de los servicios a su cargo, así como las medidas que se pueden adoptar en este marco para evitar dicha situación, el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de sus competencias, pues al regular esta materia instauró un nuevo modelo de gobernanza que termina por suprimir los principios básicos sobre los cuales se asienta la organización territorial del Estado, y en particular, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Así las cosas, al suprimirse el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales, se anuló también la capacidad de las personas para gestionar sus propios asuntos, y por esta vía se debilitó el principio democrático.

A partir de las consideraciones anteriores, el actor concluye que la norma contempla “unos desafueros, un exceso de intervención, de control, orientación y evaluación, por lo que debió adoptarse un criterio riguroso de competencias de los organismos centrales y descentralizados. Podemos mencionar que se presenta una intromisión de lo nacional en los asuntos locales, y lo que debió darse fue una conjugación de competencias dentro del Estado unitario que para lograrlo dispone de principios fundamentales como son la coordinación, concurrencia y subsidiariedad”.

1.3. Solicitud

De acuerdo con el análisis precedente, el peticionario solicita a este tribunal declarar la inexequibilidad de las expresiones demandadas.

2. Trámite procesal

2.1. Mediante auto del día 3 de abril de 2017, el magistrado sustanciador inadmitió la demanda, por considerar que los cargos formulados por el peticionario no identificaban adecuadamente los contenidos constitucionales vulnerados, ni tampoco el sentido de la incompatibilidad entre los textos impugnados y el ordenamiento superior.

2.2. El día 17 de abril de 2017 el accionante presentó un escrito de corrección de la demanda, afirmando que en atención al carácter público y abierto de las acciones de inconstitucionalidad, el juez debe adoptar criterios amplios y flexibles para evaluar la procedencia del escrutinio judicial.

De igual modo, se indicaron las razones por las que, a su juicio, la normatividad impugnada desconoce los principios que irradian la organización territorial. En tal sentido, sostuvo que el gobierno nacional adoptó las medidas más extremas posibles para atender las irregularidades en la gestión de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, llegando al punto de trasladar integralmente las competencias que son propias de los entes locales, y que esta supresión de competencias conlleva el

desconocimiento del principio de autonomía de las entidades territoriales.

2.3. Mediante auto del día 3 de mayo de 2017, el magistrado sustanciador admitió la demanda y le dio trámite en los siguientes términos: (i) se ordenó correr traslado del escrito de acusación a la Procuraduría General de la Nación por el lapso de 30 días, para que rindiera concepto respectivo en los términos de los artículos 242.5 y 278.5 de la Carta Política; (ii) se ordenó fijar en lista la disposición acusada, con el objeto de que fuese impugnada o defendida por cualquier ciudadano; (iii) se ordenó comunicar de la iniciación del proceso al Presidente de la República y del Congreso, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio del Interior, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; (iv) se invitó a participar en el proceso a las facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia, de los Andes, Sabana, Nacional de Colombia y Libre, así como a la Federación Colombiana de Municipios, a la Federación Nacional de Departamentos, y a la Academia Colombiana de Departamentos.

2.4. Mediante Auto 305 de 2017, la Sala Plena de Corte Constitucional ordenó la suspensión de términos de diversos procesos de constitucionalidad, entre ellos, el correspondiente al expediente D-12005, con el objeto de realizar el control automático de la normatividad expedida para la implementación del Acuerdo Final de Paz, con fundamento en la facultad que le fue otorgada a este tribunal para suspender los términos de los procesos ordinarios de constitucionalidad, prevista en el artículo 1 del Decreto 889 de 2017.

2.5. Mediante el auto 303 de 2018 del día 23 de mayo de 2018, la Sala Plena de este tribunal resolvió levantar la suspensión de términos de este proceso, y, en consecuencia, se dio trámite al mismo.

3. Intervenciones

3.1. Intervenciones relativas a la procedencia del escrutinio judicial (Federación Colombiana de Municipios, Contraloría General de la República y Ministerio de Hacienda y Crédito Público)

3.1.1. Con respecto a la viabilidad del juicio de constitucionalidad propuesto por el accionante, los intervinientes abordaron dos problemáticas que, eventualmente, podrían

hacer improcedente el escrutinio judicial: la configuración del fenómeno de la cosa juzgada, en razón de la cual este tribunal tendría que estarse a lo resuelto en la sentencia C-937 de 2010[1], y la ineptitud de la demanda, que impediría la estructuración de la controversia judicial.

3.1.2. Con respecto al primero de estos problemas, la Contraloría General de la República solicita a la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia C-937 de 2010[2], en la medida en que el citado fallo ya se pronunció sobre la validez de las disposiciones atacadas en esta oportunidad, teniendo como referente el mismo principio de autonomía de las entidades territoriales que hoy se invoca como fundamento de la demanda de inexecuibilidad.

En un sentido semejante, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que la normatividad impugnada ya fue objeto de análisis en la citada sentencia, tomando como base los mismos preceptos constitucionales que en su momento sirvieron para estructurar el juicio de constitucionalidad, con excepción del Preámbulo y del artículo 1º de la Constitución. Así las cosas, “el problema jurídico que presenta el actor en esta ocasión resulta ser el mismo de la sentencia C-937 de 2010”, esto es, si con los mecanismos de control al manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones, y en particular, con la suspensión de giros a las entidades territoriales, el giro directo de los recursos a las entidades prestadoras de servicios, la asunción temporal de competencias y la suspensión de procesos contractuales, se desconoce el principio de autonomía de las entidades territoriales. En síntesis, la Corte consideró en su momento que como los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones no son recursos propios de los departamentos, los municipios y los distritos, el legislador cuenta con un amplio margen de maniobra para diseñar e implementar mecanismos de control en cabeza de la Nación para asegurar la continuidad, la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios financiados con los recursos del SGP. De este modo, los cargos que el accionante propuso en la demanda, ya fueron abordados en el referido fallo judicial.

Por el contrario, la Federación Colombiana de Municipios estima que aunque en apariencia la sentencia C-937 de 2010[3] ya resolvió la controversia planteada, realmente el pronunciamiento judicial versó sobre un asunto diferente. La razón de ello es que efectivamente en el fallo aludido la Corte se pronunció sobre la validez del artículo 13 del Decreto 028 de 2008 a la luz de la autonomía de las entidades territoriales; sin embargo,

aunque en la presente demanda se cuestiona este mismo precepto a la luz del mismo principio, lo cierto es que en la providencia del año 2010 la autonomía fue considerada únicamente como una mera cláusula constitucional, mientras que en este proceso judicial es concebida y entendida como un valor y un principio fundante de todo el ordenamiento jurídico, circunstancia esta que altera de manera sustantiva del juicio de constitucionalidad. Concebida la autonomía desde esta perspectiva, el control del precepto demandado tiene un alcance distinto al que se le dio originalmente, por lo cual es viable el análisis propuesto por el accionante.

3.1.3. Con respecto a la aptitud de la demanda, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostiene que el cargo por la presunta infracción del Preámbulo y del artículo 1º de la Carta Política, única acusación respecto de la cual no se configura el fenómeno de la cosa juzgada, adolece de deficiencias insalvables que impiden configurar la controversia constitucional.

La razón de ello es triple: (i) Primero, el actor no precisó los contenidos normativos que, en concreto, vulneran la Constitución Política, limitándose a afirmar que las medidas contenidas en el artículo 13.3 del Decreto 028 de 2008 desconocen los artículos citados en la demanda, pero sin individualizar las prescripciones que a su juicio son incompatibles con el ordenamiento superior; (ii) de igual modo, en la demanda se afirma que los mecanismos previstos en la ley impugnada para preservar la integridad de los recursos del Sistema General de Participaciones desconocen la autonomía territorial, pero sin indicar o precisar las razones o el sentido de la incompatibilidad entre la ley y el citado principio; (iii) finalmente, el demandante invoca como fundamento de su pretensión el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta Política, pero no especifica los principios o a las reglas contenidas en tales preceptos que habrían sido desconocidas por el artículo 13.3 del Decreto 028 de 2008.

Así las cosas, el Ministerio concluye que no es viable el pronunciamiento judicial propuesto por el accionante, por no suministrar los elementos estructurales del juicio pretendido.

3.2. Intervenciones relativas a la constitucionalidad de las medidas legislativas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Federación Colombiana de Municipios[4], Academia Colombiana de Jurisprudencia[5], Universidad Externado de Colombia[6])

3.2.1. Con excepción de la Federación Colombiana de Municipios, todos los intervinientes estiman que la normatividad demandada se ajusta a los principios de autonomía y descentralización territorial establecidos en la Carta Política.

3.2.2. La defensa de las disposiciones impugnadas se estructura a partir de tres tipos de argumentos, relacionados con la base normativa directa de las medidas atacadas, con las hipótesis exceptivas en las que procede la intervención de la Nación y de los departamentos en las instancias locales, y con el tipo de recursos sobre los cuales recae la citada mediación.

3.2.2.1. En primer lugar, se advierte que las medidas atacadas por el demandante tienen fundamento directo en el artículo 3º del Acto Legislativo 04 de 2007, que otorgó expresas facultades normativas al Presidente de la República para definir una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones. De este modo, la regulación responde a un mandato directo del constituyente orientado a corregir las fallas, las ineficiencias y las desviaciones de recursos en que pueden incurrir los entes locales, cuando tales irregularidades tienen la potencialidad de poner en peligro la satisfacción de las necesidades en función de las cuales se estructuró el Sistema General de Participaciones.

3.2.2.2. En segundo lugar, se argumenta que las especiales facultades de intervención previstas en la normatividad demandada se activan en circunstancias excepcionales y extraordinarias, cuando existen evidencias ciertas y concretas de la gestión inadecuada de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, y cuando otras medidas menos intrusivas han resultado infructuosas.

Desde esta perspectiva, la intervención prevista en el artículo 13 del Decreto 028 de 2008 sólo se activa en tanto las instancias locales sean incapaces de cumplir con su rol institucional, materializando de este modo el principio de subsidiariedad. De hecho, el artículo 11 de la referida normativa contempla un listado cerrado de hipótesis exceptivas en las que proceden las medidas correctivas, como son la no incorporación de los ajustes requeridos por la Nación para el adecuado manejo del Sistema General de Participaciones, y la falta de adopción de los planes de desempeño.

Y desde una perspectiva temporal esta asunción de competencias no es indefinida, pues

cuando cesan las circunstancias que dan lugar a las medidas de monitoreo, seguimiento y control en la gestión de los recursos del Sistema General de Participaciones, se puede solicitar su levantamiento, y en cualquier caso sólo se pueden extender hasta por cinco años.

Lo anterior demuestra que la norma demandada preserva la lógica general de la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, en la que en principio y como regla general estas últimas cuentan con amplias potestades para gestionar los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, y sólo en eventos excepcionales, cuando el municipio, el distrito o el departamento demuestran su incapacidad para asumir esta responsabilidad, procede la intervención de la Nación o del departamento, intervención que, a su turno, tiene claros límites materiales y temporales.

3.2.2.3. Finalmente, se sostiene que los recursos del Sistema General de Participaciones constituyen una fuente exógena de financiación de las entidades territoriales, dado que se encuentran integrados por recursos que transfiere la Nación para el cumplimiento de objetivos específicos. Y dado que no se trata recursos propios, la autonomía con la que cuentan los entes locales para gestionarlos es inferior, de suerte que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para limitar la potestad de autogobierno local, y para diseñar el sistema de monitoreo y control al gasto ejecutado con cargo al Sistema General de Participaciones[7].

De hecho, en diferentes oportunidades este tribunal habría avalado mecanismos análogos de intervención en fuentes de financiación exógenas, así: (i) en la sentencia C-567 de 1995[8] se declaró la constitucionalidad de las normas de la Ley 141 de 1994 que contemplan dispositivos similares como la retención de giros y el cambio de ejecutor; (ii) en la sentencia C-617 de 2002[9] se hizo lo propio en relación con las normas de la Ley 715 de 2001 que autorizan a los departamentos y a la Nación a manejar los recursos del Sistema General de Participaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de los municipios, distritos y departamentos; (iii) asimismo, en la sentencia C-251 de 2003[10] se declaró la constitucionalidad de las dos leyes anteriores, sobre la base de que la intervención de las instancias nacionales en las entidades territoriales recae sobre fuentes exógenas de financiación; (iv) en la sentencia C-321 de 2009[11] se consideró ajustado a la Constitución que el legislador estableciera parámetros para el manejo de los recursos provenientes del

pago de multas de tránsito, en atención a que con estos dispositivos se buscaba mejorar el recaudo por este concepto; (v) en la sentencia C-937 de 2010[12] se declaró la exequibilidad de los artículos 13 y 16 del Decreto 028 de 2008, el primero demandado nuevamente en este proceso, sobre la base de que las restricciones a la autonomía de las entidades territoriales tenían límites materiales temporales, y de que perseguían fines constitucionalmente valiosos.

De este modo, el legislador cuenta con un amplio margen de maniobra para crear y configurar medidas de intervención en el manejo de recursos provenientes de fuentes exógenas de financiación de los entes locales, cuando ello atiende a objetivos constitucionalmente admisibles como la garantía de la correcta prestación de servicios o la correcta ejecución del gasto público social.[13]

3.2.3. Por el contrario, la Federación Colombiana de Municipios sostiene que las normas impugnadas son incompatibles con la Carta Política, en tanto despojan integralmente a las entidades territoriales de las competencias que el propio ordenamiento superior les asignó, sin siquiera mediar un principio de necesidad o de razón suficiente que justifique unas medidas de semejante envergadura.

Aunque es posible que en eventos excepcionales los municipios atraviesen situaciones críticas que impiden su normal desenvolvimiento, y que en estas hipótesis se adopten medidas de intervención en los entes locales, estas no pueden llegar al punto de desconocer o de anular la base misma las atribuciones que son propias de los entes locales. Ni siquiera en eventos extremos se ha procedido de tal manera en el derecho comparado; en el célebre “caso Amaya”, por ejemplo, en el que la masificación de delitos urbanísticos llevó al colapso del municipio de Marbella, la respuesta estatal no consistió en suprimir las competencias de la entidad territorial, ni en que la Comunidad Autónoma o el Estado Español asumieran sus atribuciones, sino en la designación de un gestor municipal. En otros escenarios la respuesta estatal ante la crisis en la gestión institucional tampoco ha consistido en la transferencia integral de competencias, sino en la adopción de dispositivos especiales de acompañamiento, de control y monitoreo, e incluso sancionatorias, pero que en ningún caso conllevan a la cesión de las atribuciones propias.

Las normas demandadas, por el contrario, no solo contemplan el desplazamiento de la

autoridad local de los asuntos que le son propios por disposición constitucional, sino que además la anula totalmente, y permite que este modelo intrusivo se extienda hasta por cinco años.

4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Mediante concepto del día 24 de octubre de 2017, la Procuraduría General de la Nación solicita a este tribunal, como pretensión principal, que se inhiba de evaluar la validez de las disposiciones demandadas, por carecer de la competencia para pronunciarse sobre esta normatividad. De manera subsidiaria se solicita que se declare la exequibilidad de los apartes normativos impugnados.

4.2. A juicio de la entidad, aunque este tribunal ha efectuado el control constitucional del Decreto 028 de 2008 en distintas oportunidades, sobre la base de que como juez constitucional tiene una competencia prevalente para conocer de las demandas que se fundamentan el desconocimiento de la Carta Política, y de que el Decreto 028 de 2008 es una normatividad con fuerza material de ley, cuyo conocimiento le habría sido asignado en la Carta Política, esta conclusión de la Corte sobre el alcance de sus atribuciones es errada y debe ser rectificada, por las razones que se indican a continuación.

4.2.1. En primer lugar, se advierte que el decreto atacado tiene una naturaleza reglamentaria, por lo cual, las demandas en su contra deben ser resueltas por el Consejo de Estado, y no por la Corte Constitucional.

Aunque en su momento este tribunal sostuvo que el Decreto 028 de 2008 tenía una naturaleza legal, en razón de la materia regulada, por versar sobre asuntos respecto de los cuales la Constitución exige una configuración legal, en razón de su fuerza jurídica, por tener la capacidad de modificar regulaciones de orden legal, y en razón de ser susceptible de reglamentación por decretos dictados por el gobierno nacional, el Ministerio Público argumenta que ninguno de estas razones permite derivar la naturaleza y rango legal, ni la atribución de la Corte Constitucional para pronunciarse sobre su validez.

En efecto, aunque en principio el legislador detenta una competencia normativa general, especialmente en aquellas materias contempladas en el artículo 150 de la Carta Política, cuando la misma Constitución atribuye una potestad de orden normativo a una fuente

distinta a la ley, no puede concluirse automáticamente que la normatividad correspondiente tiene naturaleza legal por este sólo hecho. En este caso, precisamente, el artículo 3º del Acto Legislativo 04 de 2007 asignó al gobierno nacional la facultad para regular la materia contemplada en el Decreto 028 de 2008, asignación de la cual no se desprende la naturaleza legislativa de dicho decreto.

Lo anterior, unido a que la propia Corte Constitucional ha entendido que la delegación de competencias al Ejecutivo debe regirse por el principio de taxatividad y por el criterio de interpretación restrictiva, según consta en la sentencia C-699 de 2016[15], conduce forzosamente a la conclusión de que la potestad dada al gobierno nacional para regular este asunto constituye un mandato de naturaleza reglamentaria. De este modo, para que el decreto en cuestión tuviese una naturaleza legislativa, así lo ha debido disponer expresamente el constituyente.

De igual modo, aunque en distintas oportunidades el gobierno nacional ha reglamentado el Decreto 028 de 2008, de la circunstancia anterior no es posible inferir su naturaleza legal, porque implicaría asumir que una fuente de inferior jerarquía constituye una pauta interpretativa relevante para determinar la naturaleza y la fuerza jurídica de las categorías superiores, lo cual es a todas luces inaceptable.

Finalmente, se advierte que de la capacidad del citado decreto para adicionar o modificar regulaciones de orden legal tampoco puede inferirse que tiene fuerza y naturaleza legal, “ya que la separación o concurrencia de competencias entre la Ley y el reglamento es un tema del cual el Constituyente puede disponer, tanto de manera general como en forma específica para cierta materia”, y que, además, en virtud de la aplicabilidad directa de la Carta Política, es posible que entre las disposiciones constitucionales y reglamentarias no haya mediación legal, como ocurre en esta oportunidad.

Así las cosas, la Vista Fiscal concluye que el argumento sobre la naturaleza legal del Decreto 028 de 2008, que explicaría la competencia de la Corte para conocer de las demandas de inconstitucionalidad en su contra, es del todo infundado.

4.2.2. Asimismo, se advierte que, en virtud del artículo 237.2 de la Carta Política, el Consejo de Estado tiene una competencia residual para conocer de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad en contra de decretos dictados por el gobierno nacional,

por lo cual no es posible realizar una interpretación extensiva de las atribuciones de la Corte Constitucional, máxime cuando el artículo 237.2 no circunscribe la potestad del Consejo de Estado a los decretos con naturaleza reglamentaria.

De hecho, el constitucionalismo colombiano tiene ejemplos muy ilustrativos de decretos con fuerza de ley cuya control constitucional ha sido asignado al Consejo de Estado. Este es el caso, por ejemplo, de los decretos dictados con fundamento en los artículos transitorios 20 y 41, respecto de los cuales este tribunal habría reconocido expresamente la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las demandas en su contra.[16]

Además, la propia Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de las normas estatutarias que han pretendido limitar el alcance de la cláusula general de competencia en favor del Consejo de Estado, tal como ocurrió con el proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia en el que se fijó una lista taxativa de los decretos del gobierno nacional cuya validez sería determinada por la citada instancia jurisdiccional. En la sentencia C-037 de 1996 se declaró la inexecutable de esta disposición, al considerar que “resulta inconstitucional que el legislador estatutario entre a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues ello no está contemplado en el artículo 237 (...) limitar de esa forma los alcances del numeral 2 del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional”.

En este orden de ideas, es el Consejo de Estado la instancia competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra los denominados “reglamentos constitucionales”, y no la Corte Constitucional, como erróneamente ha considerado este tribunal en los últimos años.

4.3. Por último, la Vista Fiscal considera que, en caso de que este tribunal opte por pronunciarse sobre la validez del decreto demandado, debe declarar su executable.

A su juicio, las medidas de intervención en las entidades territoriales previstas en la norma atacada no desconocen el principio de autonomía territorial, por la confluencia de las siguientes circunstancias: (i) la intervención solo opera de manera subsidiaria, y en los eventos en que el ente local ha fallado gravemente en el manejo presupuestal; (ii) las medidas tienen una base normativa directa en el Acto Legislativo 04 de 2007, que

expresamente obliga al gobierno nacional a asumir un papel de garante con respecto a la gestión de los recursos entregados a los departamentos, los distritos y los municipios; de esta manera, la misma Constitución ponderó los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, entregando al gobierno nacional la potestad para asumir temporalmente las competencias de los entes locales para garantizar la correcta ejecución de los recursos a estos entregados; (iii) finalmente, las medidas previstas en el Decreto 028 de 2008 recaen sobre fuentes exógenas de financiación de las entidades territoriales, recursos estos sobre los que las instancias nacionales tienen un mayor margen de intervención, según ha determinado la Corte Constitucional en distintas oportunidades[17].

Así las cosas, “el Ministerio Público no comparte que la opción reglamentaria utilizada por el Gobierno Nacional sea desproporcionada o violatoria del ordenamiento superior, sino que se trata de una medida que armoniza la autonomía territorial y la salvaguardia de la correcta inversión de los recursos públicos provenientes del sistema general de participaciones”.

4.4. De acuerdo con el análisis precedente, la Vista Fiscal concluye que la Corte debe declararse inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 028 de 2008, o, en su defecto, declarar la exequibilidad de los apartes normativos contenidos en el artículo 13 del Decreto 028 de 2008.

II. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema y metodología de resolución

1.1. Según el accionante, las previsiones del artículo 13 del Decreto 028 de 2008 que confieren potestades especiales a la Nación y a los departamentos para asumir temporalmente las competencias de las instancias locales cuando se presenta un evento de riesgo en el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones, desconocen el principio de autonomía de las entidades territoriales, en cuanto las privan de la potestad para gestionar sus propios asuntos y contemplan la más extremas facultades de intervención frente a irregularidades que podrían ser enfrentadas mediante otros dispositivos menos intrusivos y lesivos de las atribuciones de las autoridades locales. A su juicio, lo anterior vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 2 y 287 de la Carta Política.

1.2. A lo largo del trámite judicial tanto la Procuraduría General de la Nación como algunos de los intervinientes manifestaron que no era viable el juicio de constitucionalidad propuesto por el accionante, por el acaecimiento tres circunstancias: (i) primero, porque este tribunal carecería de competencia para evaluar la validez del Decreto 028 de 2008, ya que al tener este una naturaleza y una jerarquía reglamentaria y no legal, y al tener el Consejo de Estado una competencia residual para conocer las demandas de nulidad por constitucionalidad en contra de los decretos dictados por el gobierno nacional, la atribución para resolver la acción recae en esta última instancia jurisdiccional y no en la Corte Constitucional; (ii) segundo, porque la controversia planteada ya habría sido resuelta en la sentencia C-937 de 2010[18], fallo en el que se evaluó el mismo contenido normativo a la luz de los mismos estándares constitucionales; (iii) finalmente, porque los cargos de la demanda no habrían suministrado los insumos necesarios para la estructuración del litigio.

1.3. En este orden ideas, previamente al análisis de la constitucionalidad de las medidas contenidas en el artículo 13.3 del Decreto 028 de 2008, se debe determinar la viabilidad del escrutinio judicial propuesto por el accionante, teniendo como referente de análisis tres variables: la competencia de este tribunal para resolver las demandas de inconstitucionalidad contra la referida normatividad, la configuración del fenómeno de la cosa juzgada en virtud de la sentencia C-937 de 2010, y la aptitud de los cargos del escrito de acusación.

En caso de concluir que el juicio de constitucionalidad propuesto por el accionante es procedente, se valorarán las acusaciones de la demanda, determinando si las atribuciones conferidas a la Nación y a los departamentos para asumir temporalmente las competencias de las instancias locales, ante un evento de riesgo en la gestión de los recursos del Sistema General de Participaciones, es incompatible con los principios que irradian la organización territorial del Estado.

2. Viabilidad del escrutinio judicial

2.1. Según se expresó en los acápite precedentes, a lo largo del proceso judicial se identificaron tres circunstancias que eventualmente podrían hacer improcedente el escrutinio judicial: la incompetencia de la Corte para determinar la validez del Decreto 028

de 2008, la configuración de la cosa juzgada constitucional en razón de la sentencia C-937 de 2010[19], y la ineptitud de las acusaciones formuladas por el accionante.

2.2. Teniendo en cuenta estas tres variables, la Corte estima que no hay lugar a abordar la controversia propuesta por el accionante, ya que aunque en principio este tribunal cuenta con las potestades para evaluar la validez del Decreto 028 de 2008, en este caso los puntos de la controversia planteados por el actor, o bien ya fueron resueltos de manera definitiva en la sentencia C-937 de 2010, o bien adolecen de deficiencias insalvables que impiden la estructuración de la controversia constitucional.

2.3. En efecto, en las sentencias C-1154 de 2008[20] y C-937 de 2010[21] este tribunal afirmó su competencia para determinar la constitucionalidad del Decreto 028 de 2008, sobre la base de que este tiene una naturaleza y un rango legal, pese a haber sido expedido por el gobierno nacional y no por el Congreso de la República, por lo cual, en virtud de las previsiones de los artículos 241.4 y 241.5 de la Carta Política, sería la Corte y no el Consejo de Estado el órgano jurisdiccional llamado este tipo de controversias.

En el primero de estos fallos se justificó esta posición a partir de tres argumentos: (i) desde una perspectiva formal, el Acto Legislativo No. 4 de 2007, que habilitó al gobierno para expedir la referida normatividad, no estableció si estas potestades normativas tenían naturaleza legal o meramente reglamentaria, máxime cuando se limitó a autorizar al gobierno para “definir” las estrategias de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado con recursos del Sistema General de Participaciones, así como para “regular” los eventos de riesgo en la prestación de los servicios y las medidas para evitar y enfrentar esta situación, sin calificar el ejercicio de estas atribuciones; de modo que de esta atribución no se puede inferir la naturaleza reglamentaria de la normatividad analizada; (ii) desde una perspectiva material, en cambio, resulta claro que el Decreto 028 de 2008 tiene una naturaleza legal, en virtud de la materia regulada, ya que versa sobre asuntos que requieren configuración legal, referidos a la participación de las entidades territoriales en las rentas nacionales, en virtud de la fuerza jurídica del Decreto dentro del sistema de fuentes, ya que tiene “la capacidad de adicionar o modificar regulaciones de orden legal, lo que lo sitúa en un plano superior al de una norma reglamentaria”, y ya que, a su turno, éste no puede ser modificado ni derogado sino por una norma de rango legal, y no mediante un decreto reglamentario; (iii) finalmente, en la medida en que el Decreto es susceptible de ser

reglamentado, tal como se hizo efectivamente con la expedición del Decreto 2911 de 2008, la conclusión forzosa es que tiene jerarquía y naturaleza legal, porque sólo las leyes son susceptibles de reglamentación; así las cosas, la existencia del Decreto 2911 de 2008 “sugiere que el propio Gobierno Nacional tenía claridad de que la regulación expedida a través del Decreto 28 de 2008 no sólo correspondía a una norma con fuerza material de ley, sino que respecto de la misma podía ejercer la facultad de reglamentación”.

Esta línea decisoria fue acogida en la sentencia C-937 de 2010[22], fallo en el que la Corte evaluó la validez de los artículos 13 y 16 del Decreto 028 de 2008, sobre la base de que, por los argumentos expuestos en la sentencia C-1154 de 2008[23], era la instancia jurisdiccional competente para ello.

2.5. Con respecto a la configuración del fenómeno de la cosa juzgada relativa, la Sala encuentra que, efectivamente, existe una coincidencia material en los contenidos normativos sobre los cuales versó la sentencia C-937 de 2010, y los que ahora se cuestionan en la demanda de inconstitucionalidad. En efecto, aquel fallo determinó la exequibilidad de la totalidad del artículo 13 del Decreto 028 de 2008, que contempla las medidas correctivas para los eventos de riesgo en el manejo de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, y en el escrito de acusación se cuestiona el párrafo y el ordinal 3º de ese mismo artículo, relativos a la asunción temporal de competencias de las instancias locales, por parte de la Nación y de los departamentos. De este modo, todos los contenidos normativos demandados en esta oportunidad, ya fueron objeto de análisis y de pronunciamiento.

Adicionalmente, existe una coincidencia parcial en los estándares del juicio de constitucionalidad, ya que en ambos casos se examina la validez del artículo 13 del Decreto 028 de 2008 a la luz del principio de autonomía de las entidades territoriales contemplado en los artículos 1º y 287 de la Carta Política.

Tomando como referente de análisis el citado principio, este tribunal descartó en la sentencia C-937 de 2010 la inconstitucionalidad alegada por el accionante, a partir de los siguientes argumentos: (i) primero, desde una perspectiva normativa, las medidas adoptadas tenían una base directa en el artículo 356 de la Constitución Política, que expresamente habilitó al Gobierno para crear mecanismos de intervención para garantizar

el correcto funcionamiento del Sistema General de Participaciones; (ii) segundo, los recursos del SGP, sobre los cuales se prevé la intervención, corresponden a una fuente exógena de financiación de las entidades territoriales, “de manera que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para el diseño del sistema de monitoreo y control al gasto ejecutado con cargo al SGP”; (iii) tercero, las restricciones a la autonomía de las derivadas de la norma demandada tienen soporte no solo en el Acto Legislativo 4 de 2007, sino también en razón de la destinación social de tales recursos, “con lo cual es claro que se trasciende el ámbito de interés meramente local o regional”; (iv) cuarto, las medidas se ajustan a los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, ya que las competencias de intervención se activan únicamente frente a graves situaciones de riesgo en el manejo de los recursos públicos, y ante el fracaso o insuficiencia de las medidas preventivas; (v) quinto, porque en ningún caso las medidas correctivas se traducen en un vaciamiento de las competencias de las entidades territoriales, máxime cuando la asunción de atribuciones tiene claros límites temporales y materiales, operando respecto de asuntos puntuales y específicos, y sin que se puedan extender indefinidamente en el tiempo.

Sobre esta base, la Corte concluyó que aunque medidas como la asunción temporal de competencias restringen la autonomía de las entidades territoriales, “lo hacen atendiendo a fines constitucionalmente legítimos, y en todo caso dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que no implican un vaciamiento de sus atribuciones constitucionales sino una restricción transitoria y justificada de aquellas”.

Como puede advertirse, la controversia esbozada por el accionante, en el sentido de que el artículo 13.3 y el párrafo del mismo artículo del Decreto 028 de 2008 serían incompatibles con el principio de autonomía territorial, ya fue resuelta de manera definitiva en la sentencia C-937 de 2010, por lo cual, la Corte debe estarse a lo resuelto en aquel fallo, al configurarse el fenómeno de la cosa juzgada relativa.

2.6. Aunque la Federación Colombiana de Municipios sostuvo que el análisis propuesto es novedoso, en tanto en la sentencia C-937 de 2010 la Corte entendió el principio de autonomía territorial como una “mera cláusula constitucional”, mientras que el actor la concibe como un valor fundante de todo el ordenamiento jurídico, este argumento es de recibo, ya que desde una perspectiva material, lo que propone el interviniente no es que se evalúe una nueva arista del principio de autonomía territorial no considerada en el

anterior fallo de este tribunal, sino que se enjuicie nuevamente la norma demandada pero dotando el citado principio de otro contenido, lo que equivale a proponer el desconocimiento del principio de cosa juzgada.

2.7. Finalmente, la Sala encuentra que en el texto de la demanda, el accionante afirma que las disposiciones atacadas desconocen también el Preámbulo y el artículo 2º de la Carta Política, preceptos estos que no constituyeron el eje de análisis en la sentencia C-937 de 2010. En principio, por tanto, los efectos de cosa juzgada no se extenderían a las acusaciones en relación con estas disposiciones de la Constitución.

No obstante ello, ni en la demanda de inconstitucionalidad ni en el escrito de corrección el accionante proporciona elementos de juicio o insumos de análisis que permitan configurar esta nueva controversia.

Es así como el accionante no precisa los contenidos normativos de la Constitución que habrían sido transgredidos, ni el sentido de la oposición entre la disposición legal y el ordenamiento superior. El Preámbulo de la Constitución, por ejemplo, reconoce el poder soberano del constituyente, la unidad de la Nación, el deber del Estado de proteger la vida, la convivencia, el trabajo, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, la democracia participativa, la existencia de un orden político, económico y social justo, y el compromiso de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana. Por su parte, el artículo 2º fija como fines del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, la integridad territorial, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Ni del texto de la demanda ni de la corrección, ni de una revisión transversal de los mismos es posible inferir cuáles de estos imperativos fueron desconocidos, ni las razones de la oposición normativa.

Parecería, por el contrario, que la transgresión alegada por el actor es consecencial a la violación del principio de autonomía de las entidades territoriales. Sin embargo, como esta vulneración ya fue descartada en la sentencia C-937 de 2010, por sustracción de materia no sería viable el escrutinio judicial, y en cualquier caso, el accionante tampoco explica la manera en que, como consecuencia de la violación de los artículos 1º y 287 de la Carta

Política, resultarían transgredidos el Preámbulo y el artículo 2º de este mismo instrumento.

En este orden de ideas, por existir una carencia absoluta de cargos por la presunta vulneración de los referidos preceptos constitucionales, tampoco hay lugar al escrutinio judicial propuesto por el actor.

2.8. En definitiva, la Sala concluye que no hay lugar al examen planteado por el accionante, en la medida en que, por un lado, las acusaciones por la presunta infracción de los artículos 1º y 287 de la Carta Política ya fueron valoradas en el escenario del control abstracto de constitucionalidad en la sentencia C-937 de 2010, por lo cual, al configurarse el fenómeno de la cosa juzgada relativa, la Corte debe estarse a lo resuelto en este fallo. Y por otro lado, con respecto a las acusaciones por la presunta infracción del Preámbulo y del artículo 2º de la Carta Política, tampoco hay lugar al control planteado, por ineptitud sustantiva de la demanda.

2.9. Así las cosas, la Corte adoptará las siguientes decisiones: (i) por un lado, ordenará estarse a lo resuelto en la sentencia C-937 de 2010, en cuanto, que, por los cargos entonces analizados, declaró la exequibilidad del artículo 13 del Decreto 028 de 2008, y (ii), por otro lado, inhibirse de pronunciarse sobre la validez del artículo 13.3 del Decreto 028 de 2008 por los cargos por la presunta infracción del Preámbulo y del artículo 2 de la Carta Política, por ineptitud sustantiva de la demanda.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Estarse a lo resuelto en la sentencia C-937 de 2010, en cuanto declaró la exequibilidad del artículo 13 del Decreto 028 de 2008, por los cargos entonces analizados.

SEGUNDO.- Inhibirse de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los apartes demandados del ordinal 13.3 y del párrafo del artículo 13.3 del Decreto 028 de 2008, por

los cargos de violación al Preámbulo y del artículo 2º de la Carta Política.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Ausente en comisión

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[2] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[3] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[4] A través de concepto rendido por el Director Ejecutivo, Gilberto Toro Giraldo.

[5] A través del concepto presentado por Paul Cahn-Speyer W.

[7] Tesis de la Universidad Externado de Colombia.

[8] M.P. Fabio Morón Díaz.

[9] M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño.

[10] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[11] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[12] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[13] Tesis de la Universidad Externado de Colombia.

[14] Intervención de la Universidad Externado de Colombia.

[15] M.P. María Victoria Calle Correa.

[16] Auto 001A del 25 de marzo de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

[17] Entre ellas la sentencia C-077 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

[18] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[19] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[20] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[21] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[22] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[23] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[24] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[25] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[26] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.