

Sentencia C-140/20

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO LEGISLATIVO POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMA EL REGIMEN DE CONTROL FISCAL-Exequible

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION POR VICIOS DE COMPETENCIA-Condiciones y requisitos exigidos para que la Corte Constitucional pueda emitir un pronunciamiento de fondo

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Carga argumentativa se incrementa

Toda demanda de inconstitucionalidad exige del ciudadano la sustentación de su pretensión con base en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. Ahora bien, cuando la demanda se dirija en contra de una enmienda constitucional aprobada por el Congreso “la carga argumentativa se incrementa considerablemente” en atención a “la magnitud de la pretensión, la trascendencia de la decisión de la Corte, el compromiso del principio democrático y la naturaleza misma de las disposiciones que se cotejan”.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Cumplimiento de carga argumentativa mínima

(...) la demanda por el juicio de sustitución debe: i) enunciar el eje definitorio de la Constitución presuntamente sustituido y señalar las disposiciones constitucionales a partir de los cuales se desprende o el precedente jurisprudencial en que haya sido reconocido, respecto de lo cual es necesario que sea claro que no se trata de la contradicción con una norma de la Constitución (juicio de constitucionalidad) sino de la afectación de un principio transversal y definitorio de la Carta Política; ii) exponer de qué manera el acto legislativo impacta el eje definitorio, identificando las diferencias entre ellos y, iii) explicar por qué las modificaciones introducidas por la reforma pueden considerarse una transformación en la identidad de la Constitución de manera que ella, después de la reforma, es otra completamente distinta.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION-Competencia de la Corte Constitucional

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Características

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-No es un juicio de intangibilidad/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-No es un juicio de control material/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Objeto/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Elementos y etapas

JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Premisa mayor/PREMISA MAYOR DEL JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Identificación del elemento definitorio, axial o esencial que da identidad a la Constitución

JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Premisa menor/PREMISA MENOR DEL JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Definición del alcance de norma acusada frente a eje definitorio de la Constitución

JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Conclusión cuando precepto demandado ha sustituido la Carta Política

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Elemento definitorio de la Constitución de 1991/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Contenido y alcance

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Constituye un principio transversal del texto constitucional, no susceptible de ser suprimido o sustituido por el Congreso mediante un acto legislativo/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Características

La jurisprudencia Constitucional de manera reiterada ha reconocido que el principio de separación de poderes es un eje definitorio de la Carta Política. En consecuencia, no puede ser suprimido o sustituido por el constituyente derivado, toda vez que el poder político debe ser limitado, a fin de evitar su abuso.

AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LOS ORGANOS DEL ESTADO-Supuesto esencial de la separación de poderes

La Corte ha explicado que la autonomía e independencia se convierten en un supuesto esencial de la división de poderes, no sólo porque garantizan la especialización de la

administración pública, sino especialmente porque impiden la configuración de poderes omnímodos que pongan en riesgo los derechos y libertades de los ciudadanos, sin que esta autonomía e independencia sea incompatible con la implementación de mecanismos que permitan controles recíprocos ni con la cooperación armónica interinstitucional.

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES Y COLABORACION ARMONICA-Alcance

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Competencia

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Naturaleza jurídica

(...) la Corte ha destacado que la Contraloría General de la República es un organismo de control estatal con competencias específicas, que acompaña horizontal, colaborativa y armónicamente a las ramas tradicionales del poder público, a través de una función especializada y autónoma mediante la cual inspecciona la actividad fiscal externa de todas las instituciones del Estado desde el punto de vista financiero, de gestión y de resultados.

(...) ha sido reconocido por la Corte como una herramienta eficaz e idónea para la protección del patrimonio público, a través de (i) la verificación del correcto manejo de los recursos públicos y (ii) el establecer si en el ejercicio de la gestión de los recursos colectivos se cumplen las normas que sujetan a la administración en términos de legalidad y se asegura el cumplimiento de los fines constitucionales y misionales de cada una de las entidades.

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-Carácter integral/CONTROL FISCAL-Complementario/CONTROL FISCAL-Carácter posterior/CONTROL FISCAL-Carácter selectivo

CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Finalidad

(...) La Sala encuentra que la intención del constituyente derivado fue complementar el sistema actual de control por considerarlo insuficiente y añadirle el modelo de control preventivo y concomitante ejercido a través del seguimiento constante y paralelo de la gestión fiscal, a partir de la función de advertencia, sin que ello implique coadministración, eliminando riesgos potenciales y daños previsibles. En tal medida se dejó claro que no se buscaba juzgar la actividad del gestor público, sino el prevenir el daño, a través de un mecanismo eficaz y legítimo para evitar que el gestor fiscal tome decisiones que vayan en contravía del erario.

CONTROL FISCAL-Carácter preventivo y concomitante

El modelo preventivo y concomitante tiene un carácter excepcional y no puede implicar coadministración. Además, se debe realizar en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos,

mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación del control social y con la articulación del control interno.

CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Alcance

El control preventivo y concomitante no puede incidir en las decisiones de la administración, al punto de instituir un sistema de coadministración o cogestión, toda vez que la enmienda constitucional expresamente lo prohíbe, con lo cual se debe eliminar cualquier tipo de veto o pre-aprobación respecto de las decisiones adoptadas por los gestores de recursos públicos. Así, a través de la figura de la advertencia, se les permite identificar los riesgos que se ciernen sobre algunos proyectos para que evalúen esa situación y puedan tomar los correctivos respectivos antes de que se genere un daño al patrimonio. Finalmente, este modelo no reemplaza el control posterior y selectivo, sino que busca complementar el ejercicio del control fiscal.

CONTROL FISCAL-Posterior y selectivo

CONTROL FISCAL POSTERIOR Y SELECTIVO-No es eje definitorio de la Constitución

(...) la manera como se ejerce el control fiscal posterior y selectivo no es un eje de la Constitución. El que el Constituyente derivado decidiera abandonar un esquema de control previo (Constitución de 1886), no implica que el control posterior y selectivo (Constitución de 1991) constituya, en consecuencia, un eje definitorio del ordenamiento superior. Entenderlo así, conllevaría a que este esquema fuera inmodificable, impidiendo cualquier tipo de reforma que lo hiciera más efectivo a partir de los distintos avances tecnológicos existentes, el avance de los sistemas de control de la gestión estatal de recursos públicos, las nuevas

formas de corrupción, etc.

CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Características

CONTROL FISCAL PREVIO y CONTROL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Diferencias

REFORMA AL REGIMEN DE CONTROL FISCAL-Finalidad

La enmienda constitucional busca fortalecer el control fiscal en Colombia, de acuerdo con los nuevos retos, las nuevas formas de corrupción y el desarrollo de nuevas tecnologías de la información

Referencia: Expediente D-13517

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) del Acto Legislativo 4 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”.

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020).

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

SENTENCIA

I. Antecedentes

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Yefferson Mauricio Dueñas Gómez demandó los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) del Acto Legislativo 4 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”, por considerar que estos constituyen una sustitución de dos pilares esenciales de la Constitución Política: la separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo.

I. Norma demandada

El texto de la norma demandada, según fue publicado en el Diario Oficial número 51.080 del 18 de septiembre de 2019 es el siguiente:

“ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2019

Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

“Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del

control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional.

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

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

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de treinta y cinco años de edad; tener título universitario en ciencias jurídicas, humanas, económicas, financieras, administrativas o contables y experiencia profesional no menor a 5 años o como docente universitario por el mismo tiempo y acreditar las demás condiciones que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso o se haya desempeñado como gestor fiscal del orden nacional, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.”

ARTÍCULO 2o. El artículo 268 de la Constitución Política quedará así:

“Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

3. Llevar un registro de la deuda pública de la nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.

4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios.

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

10. Proveer mediante concurso público los empleos de carrera de la entidad creados por ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en ese ente de control.

11. Presentar informes al Congreso de la República y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; y dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal.

13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.

14. Intervenir en los casos excepcionales previstos por la ley en las funciones de vigilancia y control de competencia de las Contralorías Territoriales. Dicha intervención podrá ser

solicitada por el gobernante local, la corporación de elección popular del respectivo ente territorial, una comisión permanente del Congreso de la República, la ciudadanía mediante cualquiera de los mecanismos de participación ciudadana, la propia contraloría territorial o las demás que defina la ley.

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

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

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

18. Las demás que señale la ley.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y su planta transitoria será equiparada a los de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional. Para la correcta implementación del presente acto legislativo, y el fortalecimiento del control fiscal, la ley

determinará la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales, la ampliación de la planta de personal, la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas. Exclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley.

Así mismo, el Congreso de la República expedirá, con criterios unificados, las leyes que garanticen la autonomía presupuestal y la sostenibilidad financiera y administrativa de los organismos de control fiscal territoriales y unas apropiaciones progresivas que incrementarán el presupuesto de la Contraloría General de la República durante las siguientes tres vigencias en 250.000, 250.000 y 136.000 millones de pesos respectivamente, las cuales serán incorporadas en los proyectos de ley de presupuesto anual presentados por el Gobierno Nacional, incluso aquellos que ya cursen su trámite en el Congreso de la República. Dichas apropiaciones no serán tenidas en cuenta al momento de decretar aplazamientos del Presupuesto General de la Nación.

I. La demanda

1. El demandante acusó las expresiones subrayadas por un cargo único de inexecutable dado que: “el Congreso de la República excedió su competencia para reformar la Constitución porque el control fiscal preventivo y concomitante adoptado en el Acto Legislativo 4 de 2019 sustituye los pilares esenciales de separación de poderes y control fiscal posterior y selectivo”.

1. El actor sostuvo como premisa mayor que el principio de separación de poderes constituye uno de los pilares esenciales de la Constitución de 1991 y que de este se deriva la naturaleza posterior y selectiva del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República¹.

1. El accionante a partir de un recuento histórico, afirmó que, en el marco de la Constitución de 1886, el control fiscal previo generó una serie de problemas de corrupción y bloqueos a la actividad administrativa que llevaron a plantear la necesidad de reestructurar el modelo en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, siendo expresa la necesidad de que el control fiscal fuera exclusivamente posterior.

1. El ciudadano explicó que, al debatir sobre la estructura del Estado, los constituyentes desarrollaron un amplio análisis sobre cuáles debían ser las funciones de la Contraloría e hicieron hincapié en que la entidad no podía tomar partido en las decisiones fiscales de la administración. A partir de este contexto, el actor explicó que el texto finalmente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente dejó claro que el control sería únicamente posterior y selectivo para evaluar los resultados de la gestión fiscal de la Administración.

1. El demandante indicó que, dentro del modelo de control fiscal concebido en la Constitución Política de 1991, el carácter posterior y selectivo permite su articulación con el resto del modelo de Estado en la medida en que materializa la independencia técnica de cada uno de sus órganos. En consecuencia, afirmó que: “cualquier modificación a la concepción del control fiscal como exclusivamente posterior y selectivo significa sustituir la médula del diseño institucional que hizo el Constituyente de 1991 al control fiscal colombiano, máxime si tal cambio implica restablecer elementos del modelo de control anacrónico que la Asamblea Nacional expresamente decidió excluir de la Administración Pública”.

1. El actor destacó que, en la sentencia C-470 del 2016, se resumen las reglas bajo las que funciona la Contraloría General. En ellas cobra especial relevancia la naturaleza posterior y

selectiva del control fiscal para preservar la independencia y autonomía del órgano de control, al igual que impedir que este desempeñe funciones administrativas ajenas a las propias.

1. Respecto de la premisa menor, el demandante argumentó que el núcleo del acto legislativo demandado es el establecimiento de un control preventivo y concomitante como forma de cambio o ajuste del control posterior y selectivo instaurado por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991. El actor afirmó que el Acto Legislativo 04 de 2019 previó la función de advertencia como mecanismo principal para ejecutarlo y que, pese a no pretender ser formalmente una especie de coadministración ni un prejuzgamiento al gestor fiscal advertido, tiene la virtualidad de incidir en las decisiones de la administración y sirve de insumo para ejercer el control posterior y selectivo en caso de que el daño se materialice.

1. A juicio del ciudadano, la función de advertencia supone una nueva facultad del Contralor General que implica un excesivo poder y reconfigura las relaciones de control dentro del Estado, afectando el equilibrio y la separación de poderes. Asimismo, el control preventivo y concomitante es en definitiva un control previo porque implica su ejercicio antes de que la administración, por medio del gestor fiscal, haya decidido cómo y en qué ejecutar sus recursos, con lo cual se replica la fórmula de control previo que existía en la Constitución de 1886.

1. Como conclusión, el actor indicó que la norma demandada debía ser declarada inexecutable en tanto (i) le atribuye a la Contraloría General de la República, de forma indirecta, funciones administrativas distintas a las de su propia organización y (ii) esta intervención en la administración carece de cualquier control material, incluso por parte del aparato judicial.

I. Trámite adelantado

1. A través del Auto del 28 de octubre de 2019 se admitió para su estudio la demanda de la referencia, se ordenó comunicar la decisión a la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes y al contralor general de la República, para que expresen su concepto. Se invitó a participar en el debate a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a las Universidades Nacional, Externado de Colombia, del Rosario, Sergio Arboleda, Javeriana, de Caldas, del Cauca, del Norte, de Nariño y Pedagógica y Tecnológica de Colombia sede Tunja.

1. En el mismo auto, se ordenó oficiar a la Secretaría General del Senado de la República y a la Secretaría General de la Cámara de Representantes para que remitan a esta Corporación: i) las gacetas del Congreso en donde fue publicada la exposición de motivos del proyecto que dio lugar al Acto Legislativo 04 de 2019; ii) las gacetas en las que fueron publicados los respectivos informes de ponencia destinados al debate y votación en las comisiones y plenarias y iii) las gacetas del Congreso en donde fueron publicadas las actas de comisión y de plenaria, correspondientes a las sesiones cuando fue discutida y aprobada la iniciativa que fue luego sancionada como el Acto Legislativo 04 de 2019.

1. De igual forma, se le solicitó al contralor general responder las siguientes preguntas: i) ¿cómo está previsto el ejercicio y puesta en marcha del control previo y concomitante dispuesto en los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 4 de 2019? al respecto sírvase explicar si para tal función se tiene previsto el uso de las competencias dispuestas por la reforma constitucional en los artículos 267 y 268 de la Carta Política; ii) ¿cuál es el alcance y grado de obligatoriedad previsto para las advertencias sobre riesgos a que hace referencia el numeral 13 del artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019? en particular respecto de los efectos de las advertencias en caso de procesos posteriores por responsabilidad fiscal de los funcionarios que fueron previamente objeto de dichas advertencias y iii) ¿cuál es la diferencia entre el control preventivo dispuesto en el Acto Legislativo 4 de 2019 y el control previo, previsto en la Ley 20 de 1975 y el Decreto Ley 925 de 1976?

Intervenciones

1. Durante el término de fijación en lista se recibieron veinticuatro escritos de intervención dentro del proceso de la referencia, los cuales se pueden agrupar en cuatro diferentes posturas²:

1. La Presidencia de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho, en intervención conjunta³, solicitaron como petición principal que la Corte se declare inhibida para conocer la demanda por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para este tipo de juicios.

1. En igual sentido se pronunció la División Jurídica de la Cámara de Representantes⁴, la Contraloría General de la República⁵, la Junta Nacional de Contralores⁶, la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos (ACESI)⁷, la Asociación de Funcionarios de las Gerencias Departamentales y Nivel Central de la Contraloría General de la República (AFUNCGER)⁸, la Universidad Libre⁹, la Universidad Externado de Colombia¹⁰, la Universidad Sergio Arboleda¹¹, la Universidad del Rosario¹², la Universidad de Nariño¹³, el Movimiento de Acción y Oportunidad para la Equidad de Género y Nuevas Masculinidades (MAYO)¹⁴, el Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio del Estado en los Órganos de Control y vigilancia y en sus entidades Vigiladas (SINALTRASE)¹⁵ y el ciudadano Pablo Cesar Díaz Barrera. Según estos intervinientes la demanda debía ser declarada inepta por las razones que se exponen a continuación.

1. Los intervinientes sostuvieron que el planteamiento del demandante adolecía de falta de

certeza, pertinencia y suficiencia respecto a la obligación de demostrar por qué el Acto Legislativo estaba sustituyendo la Constitución. Expusieron que se trata de una afirmación que no contó con suficiente argumentación, y surge de apreciaciones subjetivas que no tienen relación directa con el texto de la reforma, al atacar simplemente su conveniencia.

1. En cuanto a la premisa mayor, los intervinientes indicaron que en la demanda no se estableció de forma adecuada, por cuanto el demandante: i) supone erradamente que el control fiscal posterior y selectivo es un elemento esencial del orden constitucional definido en la Carta Política, sin que exista certeza sobre ello¹⁶; ii) no logró establecer con claridad la premisa mayor, al basarse en una norma aislada y no en “múltiples referentes normativos” como lo exige la Corte Constitucional y iii) no determinó con claridad y pertinencia el alcance del principio de separación de poderes y el de autonomía administrativa, pues deja al margen conceptos como la colaboración armónica y el sistema de pesos y contrapesos que dan cabida al nuevo modelo de control.

1. Respecto de la premisa menor, los intervinientes argumentaron que el actor: i) confunde el control fiscal preventivo y concomitante no vinculante, con el control previo; ii) no expone con claridad si las modificaciones realizadas al sistema de control fiscal desaparecerían la autonomía administrativa para planear y ejecutar el presupuesto; iii) parte de una interpretación subjetiva y contraevidente, puesto que el mismo Acto Legislativo establece como condicionamiento al control “previo y concomitante no vinculante”, la no coadministración; y iv) no construye un argumento que genere una duda de inconstitucionalidad, dado que es posible considerar que se dio una sustitución de la Constitución, puesto que no se altera la función ni el órgano llamado a ejercer el control fiscal.

1. En cuanto a la conclusión del juicio, los intervinientes señalan que no es cierta, puesto que el control concomitante y preventivo no sustituye ni reemplaza el modelo de control posterior y selectivo, sino que lo complementa de forma excepcional, conservando el modelo

establecido por el constituyente primario como la regla general.

Por la exequibilidad de la norma

1. Todos los intervinientes que hicieron referencia a la ineptitud de la demanda, con excepción de la División Jurídica de la Cámara de Representantes, quienes solicitaron subsidiariamente la exequibilidad de las disposiciones acusadas. A esas intervenciones se suman los escritos presentados por la Asociación Sindical de Trabajadores de los Órganos de Control Público Judicial (ASCONTROL)¹⁷, la Asociación de Servidores Públicos de los Órganos de Control de Colombia (ASDECCOL)¹⁸, la Unión Nacional Independiente de Trabajadores en Organismos de Control (UNIOS)¹⁹ y el ciudadano José Francisco Zúñiga Cortes de acuerdo con los argumentos que se resumen a continuación.

1. En cuanto a la premisa mayor, los intervinientes señalaron que el control posterior y selectivo no es un eje fundamental de la Carta Política, ya que de ser así no podría ser modificado ni reformado. Indicaron que el verdadero pilar de la Constitución es la función pública del control fiscal y no la forma cómo este se ejerce. En ese sentido, resaltaron la importancia y la necesidad de la reforma, de acuerdo con los nuevos retos, las nuevas formas de corrupción y el desarrollo de nuevas tecnologías de la información, que permiten una mayor eficacia en la defensa de los recursos públicos.

1. En cuanto a la premisa menor, explicaron que el demandante confundió el control previo y perceptivo, derogado con la Carta Política de 1991, con el control preventivo y concomitante no vinculante, propuesto en la norma. Resaltaron que el control preventivo no es vinculante y por ello, resulta un mecanismo eficaz y legítimo para evitar que el gestor fiscal tome decisiones que vayan en contravía del erario y sus fines esenciales y que, por el contrario, se debe ver como la posibilidad de implementar medidas anticipadas para mitigar el daño, máxime cuando no tiene la virtualidad de incidir en las decisiones de la administración

pública y la misma norma prohíbe de manera expresa la coadministración.

1. En cuanto a la conclusión, los intervinientes afirmaron que el control preventivo no sustituye ni reforma la Constitución, sino que la complementa y es parte del esquema del control fiscal ya establecido, legitimándose así el acto legislativo estudiado. Además, resaltaron la importancia y necesidad de esta reforma, pues constituyen un hecho notorio los numerosos casos de corrupción en el país por falta de control y las medidas tomadas en el acto legislativo son herramientas que permiten evitar el daño fiscal.

1. Los intervinientes señalaron que el control concomitante y preventivo hace parte de una visión moderna del gobierno y de la adecuada revisión del gasto público, que complementa los controles posteriores sin causar afectaciones a los mismos. Todo ello incentiva el buen funcionamiento de la administración y el ejercicio de la autonomía en el marco de la separación de poderes, respetando la libertad de decisión que tienen los gestores públicos.

Por la exequibilidad condicionada de la norma

1. La Universidad Externado de Colombia solicitó que se declarara la exequibilidad condicionada, en el entendido que: i) “de ninguna manera, en un eventual proceso de responsabilidad fiscal que se pueda abrir en el futuro con ocasión de una operación que fue objeto de advertencia, el legítimo apartamiento razonado por parte de la entidad vigilada podrá tenerse por prueba del dolo del gestor fiscal investigado”; y ii) “de ninguna manera, el control preventivo y concomitante puede ser ejercido por las autoridades que con posterioridad tendrán a su cargo el control posterior y selectivo sobre la actuación previamente fiscalizada”. Esto con el fin de evitar que el órgano de control pierda la independencia e imparcialidad en aquellos casos en que se hayan dado advertencias en ejercicio de la función establecida en la reforma.

Inexequibilidad de la norma

1. Finalmente, un grupo de intervinientes pidieron declarar la inexequibilidad de las normas acusadas, a saber: la Comisión Nacional del Control Fiscal Público de Colombia (CONFISPCOL)²⁰ y los ciudadanos Juanita María Goebertus Estrada, Gustavo Enrique Morales Cobo y Benjamín Luna Burgos.

1. Los intervinientes resaltaron que en el control preventivo y concomitante tanto la recaudación de información como la función de advertencia ocurren necesariamente con anterioridad a que la administración tome la decisión, es decir, en operaciones o procesos de ejecución, incluso se actúa desde las fases de planeación. Señalaron que la reforma constituye una sustitución del modelo constitucional de separación y equilibrio de poderes por cuanto afecta la separación funcional y genera un fenómeno de coadministración que, aparentemente, ya se había superado con su prohibición a través de la Constitución de 1991.

1. Este grupo de ciudadanos destacó que en la sentencia C-103 de 2015, la Corte declaró inexequible el numeral 7 del artículo 521 del Decreto Ley 267 de 2000, mediante el cual se atribuían a la Contraloría la función de advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público. En aquella oportunidad la Corte encontró que la norma en comento revivía el control previo que existía antes de la Constitución de 1991, el cual fue eliminado por la misma Asamblea Nacional Constituyente por sus fuertes connotaciones de coadministración y por las repercusiones en contra de la imparcialidad que debe acompañar el proceso auditor que se adelanta a los sujetos de control asignados a la Contraloría.

1. Adicionalmente, la interviniente Juanita Goebertus Estrada, Representante a la Cámara, manifestó que durante el trámite del acto legislativo del que fue partícipe se puso en

evidencia la preocupación de varios representantes, incluida ella, respecto del riesgo de coadministración a cargo de la Contraloría General que implicaba la reforma. La interviniente afirmó que el nuevo sistema de control no presenta diferencias sustanciales con el anterior tipo de control previo y vinculante de la Constitución de 1886.

1. Asimismo, la ciudadana señaló que en el Acto Legislativo 04 de 2019 se hicieron unas asignaciones que desconocen la división competencial entre el ejecutivo y el legislativo en materia presupuestal. Además, destacó que el incremento presupuestal allí establecido implica un crecimiento desmesurado del órgano de control, en detrimento de una serie de políticas públicas y entidades que requieren con urgencia de esos recursos. Con fundamento en lo anterior, la interviniente solicitó la integración normativa del acto legislativo, pues consideró que no solo son inexequibles los apartes demandados sino el presupuesto designado y la manera en cómo se busca la materialización de este a nivel administrativo.

Pruebas recaudadas

1. Dentro del término dispuesto en el Auto del 28 de octubre de 2019 se recibieron los siguientes documentos:

1. Congreso de la República. Mediante Oficio No. OPC-353/2019 del 18 de noviembre de 2019, la Secretaría General de la Cámara de Representantes envía las actas del trámite del Proyecto de Acto Legislativo No. 355 de 2019 Cámara - 039 de 2019 Senado, “por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”, hoy Acto Legislativo No. 04 de 2019. Junto al oficio se adjuntó copia electrónica de las gacetas en que constan las respectivas publicaciones²², información que además fue allegada en medio magnético.

1. Contraloría General de la República. El contralor general explicó que el Acto Legislativo 4 de 2019 estableció un control preventivo, el cual: “se diferencia del control previo predominante antes de 1991, en que aquel era general, vinculante y significaba intromisiones directas en la gestión de la Administración. Mientras que, como el mismo texto constitucional lo expresa, el control preventivo no implica coadministración, es decir, no encarna un poder de veto o aprobación a las decisiones de los gestores de recursos públicos; es excepcional, pues solo se ejercerá bajo determinados criterios de actuación y cuando se evidencie riesgo de pérdida de los recursos públicos; no es vinculante, porque está enmarcado bajo la figura de la advertencia que no es obligatoria para los tomadores de decisiones en las distintas ramas y órganos del poder público”.

1. El contralor puntualizó que la reforma constitucional requiere de un desarrollo legal para su implementación y, frente a dicho desarrollo legal, le correspondería nuevamente a la Corte Constitucional ejercer el control. No obstante, expuso la metodología que para el ejercicio del control se podría adelantar, así:

“a) Selección del objeto de control, mediante la declaración de importancia manifiesta por parte del Contralor General de la Republica.

b) Fase de planeación, en donde se determinan las actividades de control a realizar, se fijan los hitos de ejecución del control, el presupuesto, los objetivos, los resultados esperados, los criterios de éxito y los riesgos del proceso en cuestión.

c) Fase de ejecución, en la que se aplican los procedimientos de seguimiento para obtener la información pertinente, se realizan las pruebas y obtienen las evidencias sobre los resultados previsibles, previstos o anticipados y de la efectividad de los controles a los riesgos identificados o de situaciones adversas no previstas.

d) Fase de informe, en donde se presentan los hitos de gestión seleccionados, los riesgos identificados, las evidencias, las conclusiones y recomendaciones.

e) Fase de despliegue y seguimiento. Corresponde a la etapa posterior en la cual se hace seguimiento y evaluación a las decisiones tomadas por el gestor con respecto a las observaciones, advertencias o recomendaciones formuladas”.

1. El contralor refirió que la figura de la advertencia, como concreción del control concomitante y preventivo, no tiene carácter vinculante por expreso mandato constitucional. Eso significa que no obliga al gestor fiscal, quien puede acogerla o no, y desarrollar las recomendaciones propuestas u otras que considere adecuadas o pertinentes. Por tanto, su finalidad es permitir a los gestores que aprecien los riesgos que se ciernen sobre algunos proyectos para que evalúen esa situación y puedan tomar los correctivos sobre la marcha, pero no son herramientas de cogestión ni coadministración y por tanto no son obligatorias en ningún caso y en ninguna circunstancia.

1. El contralor explicó que el control previo regulado por el artículo 2 del Decreto 925 de 1976 constituía un requisito sine qua non en el trámite administrativo, sin el cual no se podía ejecutar el presupuesto público. Además, fue por ello por lo que se prestó para ralentizar la actividad administrativa, se convertía en fuente de corrupción y minaba la independencia y objetividad del órgano de control para evaluar la gestión fiscal de la cual había sido partícipe previamente.

1. A diferencia de ello, el control preventivo se enfoca en la gestión de riesgos durante la marcha o ejecución de la actividad administrativa, para pronunciarse oportunamente sobre “riesgos latentes o eventuales” que pueden poner en peligro el logro de los objetivos del

respectivo proceso, programa o proyecto, y respecto de los cuales la administración no realizó una adecuada valoración o los controles propuestos para mitigarlos no son efectivos.

I. Concepto del procurador general de la Nación

1. El jefe del Ministerio Público consideró que en aquellos casos en que la Corte haga uso de la teoría de la sustitución debe hacerlo de manera moderada y bajo el criterio de autocontención, para evitar bloquear los cambios institucionales que requiera la sociedad.

1. El procurador general señaló que, si bien la demanda se interpuso de manera oportuna, el análisis se debe restringir al cargo formulado, por lo que no procede la integración normativa. El procurador afirmó que el juicio de sustitución se debe restringir a la supuesta sustitución del eje definitorio de separación de poderes, lo que implica que la Corte que se declare inhibida de adoptar un pronunciamiento de fondo respecto del cargo de sustitución de la Carta que se funda en el elemento de control fiscal posterior y selectivo.

1. La vista fiscal destacó que la premisa mayor debe limitarse al eje de separación de poderes. En este sentido hizo alusión a la sentencia C-977 de 2002, a través de la cual la Corte declaró exequibles las funciones preventivas de la Procuraduría General y consideró que son una materialización del principio de colaboración armónica. Finalmente, el procurador general resaltó que dichas funciones en cabeza de la Procuraduría son distintas a las de los demás órganos de control y son armónicas entre ellas, luego de lo cual concluye que “no se evidencian argumentos para sustentar que el acto modificatorio que se examina afecta el eje de separación de poderes”.

1. En cuanto a la premisa menor, el representante del Ministerio Público concentró sus argumentos en establecer las diferencias entre el control previo y perceptivo vigente antes

de la Constitución de 1991 y aquel establecido por el Acto Legislativo 4 de 2019, resaltando que en este último está explícitamente prohibida la coadministración, se enmarca en la lógica del control inter orgánico y no vacía de competencia a la administración. El procurador general señaló que la función de advertencia se erige para prevenir un daño, pero es el gestor fiscal quien tiene la potestad de tomar las medidas que considere pertinentes y tanto la función de advertencia como las de policía judicial se enmarcan en las garantías procesales constitucionales, en la colaboración armónica y no son una forma de intromisión.

1. El Ministerio Público finalizó advirtiendo que no existe una sustitución del pilar axial de separación de poderes. Al respecto afirmó: “que la premisa menor no tiene como connotación el cambio ni el reemplazo del eje definitorio de la Constitución descrito en la premisa mayor. El control preventivo y concomitante introducido por el Acto Legislativo 4 de 2019 no sustituye el pilar esencial de separación de poderes de la Constitución Política de 1991, puesto que no conlleva a una interferencia indebida de la Contraloría General de la República en las decisiones fiscales de la Administración Pública”.

I. Consideraciones de la Corte Constitucional

Competencia

1. De conformidad con lo prescrito por el numeral 1 del artículo 241 de la Constitución Política, corresponde a la Corte Constitucional: “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

Aptitud de la demanda

1. Algunos de los intervinientes solicitaron a la Corte dictar un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. En su criterio, la demanda no satisfizo los requisitos mínimos que ha fijado la jurisprudencia cuando se acusa un vicio por sustitución de la Constitución. Los intervinientes consideraron, en síntesis, que se incumplían los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

Requisitos formales de la demanda

1. La Sala Plena recuerda que el artículo 379 superior establece que el límite para el ejercicio de la acción pública contra los actos legislativos es de un año, contado a partir de su promulgación. En el presente asunto, el Acto Legislativo 4 de 2019 fue promulgado el 18 de septiembre de ese año y la demanda fue radicada en la Corte Constitucional el 1 de octubre del mismo año 2019, a partir de lo cual se concluye que fue presentada durante el término previsto para ello. Además, no existe ninguna sentencia que constituya cosa juzgada constitucional formal.

Requisitos sustantivos de la demanda

1. Toda demanda de inconstitucionalidad exige del ciudadano la sustentación de su pretensión con base en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. Ahora bien, cuando la demanda se dirija en contra de una enmienda constitucional aprobada por el Congreso “la carga argumentativa se incrementa considerablemente” en atención a “la magnitud de la pretensión, la trascendencia de la decisión de la Corte, el compromiso del principio democrático y la naturaleza misma de las disposiciones que se cotejan”²³. En la

sentencia C-053 de 2016 esta Corporación señaló que dicha carga argumentativa se traduce en lo siguiente:

“a) El planteamiento debe ser claro de manera que la ilación de ideas permita entender cuál es el sentido de la acusación en contra del acto reformativo. Se trata simplemente de que la Corte pueda ‘conocer’, comprendiéndolas, las razones en las que se funda el desacuerdo respecto de la decisión del Congreso.

b) El cuestionamiento requiere ser cierto y, en esa medida, el acto reformativo de la Constitución debe existir jurídicamente y encontrarse vigente. Adicionalmente, los contenidos que se le atribuyen deben derivarse de su texto. No puede fundarse su argumentación en la suposición de normas, en interpretaciones conjeturales del acto reformativo o en premisas relativas evidentemente falsas o inconsecuentes.

c) El razonamiento debe ser pertinente y, en consecuencia, debe tratarse de un verdadero cargo que ponga de presente la infracción de las normas constitucionales relacionadas con la competencia del Congreso de la República para reformar la Carta. Son impertinentes aquellos argumentos fundados en la inconveniencia política de la reforma o en los problemas prácticos que puede suponer su aplicación, a menos que de estos últimos puedan desprenderse consecuencias de naturaleza constitucional. También carecen de pertinencia aquellas impugnaciones fundadas en la intangibilidad de normas constitucionales o en la violación de sus contenidos materiales.

d) Como condición de suficiencia del cargo, los demandantes deben esforzarse por presentar de manera específica las razones por las cuales la aprobación del acto reformativo de la Constitución por parte del Congreso desconoce las normas que le atribuyen su competencia. El esfuerzo de los ciudadanos debe, en consecuencia, contener explicaciones que den respuesta a la siguiente pregunta: ¿Por qué el acto legislativo impugnado constituye no solo

una reforma de la Carta sino, en realidad, una sustitución de la misma?”.

1. Según lo expuesto, la demanda por el juicio de sustitución debe: i) enunciar el eje definitorio de la Constitución presuntamente sustituido y señalar las disposiciones constitucionales a partir de los cuales se desprende o el precedente jurisprudencial en que haya sido reconocido, respecto de lo cual es necesario que sea claro que no se trata de la contradicción con una norma de la Constitución (juicio de constitucionalidad) sino de la afectación de un principio transversal y definitorio de la Carta Política; ii) exponer de qué manera el acto legislativo impacta el eje definitorio, identificando las diferencias entre ellos y, iii) explicar por qué las modificaciones introducidas por la reforma pueden considerarse una transformación en la identidad de la Constitución de manera que ella, después de la reforma, es otra completamente distinta.

1. Ahora bien, esta mayor exigencia de la carga argumentativa frente a las demandas dirigidas contra actos reformativos de la Constitución tiene asidero en la intención de resguardar el producto de un consenso democrático surtido de un proceso legislativo formalmente riguroso, pero no puede llegar al extremo de desnaturalizar el carácter de derecho ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad. Se trata entonces de que el ciudadano logre generar una duda suficiente respecto de la posible sustitución de un eje definitorio de la Carta, sin que su argumentación deba llegar al nivel de escrutinio que le corresponde a la Corte Constitucional. A partir de estos lineamientos, se procede a examinar la aptitud de la demanda.

1. Claridad. De la lectura integral de la demanda se evidencia que el examen de constitucionalidad solicitado a esta Corporación versa exclusivamente sobre el control fiscal preventivo y concomitante de la Contraloría General de la República. La claridad de la demanda en este sentido se predica del hilo lógico que conduce la argumentación, de forma que resulta inequívoco el sentido de los argumentos y el objeto perseguido por el ejercicio de esta acción pública. En este caso, la redacción del texto y la estructura del escrito permiten

identificar con absoluta claridad tanto el objeto como los argumentos con los cuales lo sustenta. Así, la demanda es clara y no existe confusión sobre lo que constituye el objeto de esta y aquello que hace parte del contexto normativo utilizado para la interpretación sistemática de las expresiones acusadas.

1. Certeza. El accionante advierte que pese al enunciado formal de que “no implicará coadministración”, para el ejercicio de la función de advertencia le fueron confiadas nuevas facultades al Contralor General, como las de acceder a cualquier información, tener capacidad de suspender y sancionar a quienes se opongan a entregarla y extender este tipo de control a los entes territoriales, implican el ejercicio de una intromisión en las decisiones de contratación, y por ende una forma de coadministración que no se resuelve con la prohibición formal.

1. Al respecto, encuentra la Sala que no se trata de la suposición de normas, porque las normas analizadas y aquellas que sirven de fundamento al análisis son ciertas y verificables, en la medida que (i) las expresiones aludidas por el demandante respecto de la exposición de motivos del proyecto de ley son reales y vigentes; (ii) las competencias a que hace referencia el demandante se encuentran contenidas en los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 04 de 2019; (iii) la interpretación literal de la palabra “previo” corresponde a aquella dispuesta en el Diccionario de la RAE y (iv) los párrafos transcritos de las sentencias C-648 de 2002, C-288 de 2012, C-103 de 2015 y C-470 de 2016 se encuentran contenidos en dichas decisiones. En estos términos, la Corte entiende que no se trata de una interpretación conjetural, aislada o subjetiva del acto reformativo, con lo cual se cumple con el requisito de certeza exigido para proceder al examen de la norma.

1. Finalmente, establecer si el modelo de control preventivo y concomitante diseñado por el Acto Legislativo 4 de 2019 implica una forma de control previo y si dicho modelo podría constituir una forma de intromisión y coadministración con las entidades controladas, corresponde al examen de fondo de la demanda y no a esta etapa procesal.

1. Pertinencia. El demandante plantea, con base en la supuesta sustitución del principio de separación de poderes y control fiscal posterior, que “de acuerdo con su configuración normativa en el Acto Legislativo 4 de 2019, el control preventivo y concomitante tiene una naturaleza tal que conlleva a una interferencia de la Contraloría General de la República en las decisiones fiscales de la Administración Pública”.

1. El accionante estructuró su escrito como lo exige la Corte para este tipo de juicios. Inició el planteamiento señalando: “1.- Premisa mayor: La separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo como pilares esenciales de la Constitución Política de 1991.” En dicho capítulo señala “a.- La separación de poderes como pilar esencial de la Constitución Política de 1991”, donde realiza una reconstrucción histórica y jurisprudencial del principio de separación de poderes en Colombia para luego explicar: “b.- El control posterior y selectivo como manifestación de la separación de poderes y pilar esencial del control fiscal en la Constitución Política de 1991”, en donde el accionante desarrolla el carácter de eje definitorio de la Constitución del modelo de control posterior y selectivo para lo cual se sustenta, en un análisis histórico y sistemático de la Carta.

1. En efecto, la construcción de la premisa menor del cargo se realizó con fundamento en el objeto y el alcance del modelo de control preventivo y concomitante dispuesto en las expresiones acusadas a la luz de la exposición de motivos del proyecto, y de las competencias que el mismo Acto Legislativo le confiere al contralor general de la República para el desarrollo de sus funciones²⁴, en particular de la función de advertencia. Refiere a los principios rectores que el Constituyente primario identificó en la materia y a los artículos constitucionales²⁵ en que quedaron plasmados dichos principios, aludiendo a varios artículos constitucionales para concluir que: “[d]e ahí que cualquier modificación a la concepción del control fiscal como exclusivamente posterior y selectivo significa sustituir la médula del diseño institucional que hizo el Constituyente de 1991 al control fiscal colombiano, máxime si tal cambio implica restablecer elementos del modelo de control anacrónico que la Asamblea Nacional expresamente decidió excluir de la Administración Pública”.

1. En la parte conclusiva del escrito de demanda, el accionante afirmó: “la verdadera justificación del control posterior y selectivo como pilar esencial de la Constitución está en que solo a través de este diseño, como único momento y forma de ejercer la fiscalización, se concreta la separación de poderes entre la Contraloría y la Administración Pública. Este precepto, y la prohibición de ejercer funciones administrativas diferentes a las inherentes a las propias, es lo único que preserva la autonomía e independencia de ambos establecimientos estatales. Insertar otro tipo de modelo de control, aunque coexista con el posterior y selectivo, implica una rotura de la autonomía e independencia del órgano fiscalizador y del ente sujeto a control fiscal, toda vez que da lugar a intromisiones en las competencias y funcionamiento de uno u otro. Hacerlo implica sustituir la Constitución, al menos de manera parcial”.

1. De lo anterior se infiere que la demanda satisfizo este presupuesto en la medida que atacó el diseño normativo de la reforma, con independencia del desarrollo legal que de él se derive. Además, plantea un cargo por sustitución del principio de separación de poderes y del control posterior y selectivo entendido como un eje definitorio y transversal del modelo de control fiscal diseñado por la Carta Política.

1. Suficiencia. Si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en materia de demandas contra actos legislativos por supuesta sustitución de la Constitución, el demandante debe cumplir con una carga argumentativa mayor que permita estructurar el silogismo en que se fundamenta la metodología del juicio por sustitución, esta Corporación también ha señalado que la especialidad de los cargos no puede traducirse en un incremento extraordinario de las condiciones para ejercer la acción pública²⁶.

1. Así, en cuanto a la suficiencia predicable sobre la premisa mayor de la demanda por vicio de sustitución, el requisito no puede llegar al punto de exigir que el accionante establezca de forma inequívoca, la existencia de un eje definitorio de la Constitución, cuando la identificación de dichos ejes es un proceso en elaboración, que, en todo caso, está a cargo de

esta Corporación. Lo que se exige al demandante es que presente una sustentación clara, cierta y pertinente en la materia, a partir de la cual esta Corte pueda extraer elementos de juicio para decidir si el principio constitucional afectado es o no un eje definitorio de la Carta.

1. El accionante enunció con claridad el elemento que constituye el eje fundamental afectado al sostener que “para el caso objeto de estudio por la Corte son particularmente relevantes dos pilares esenciales de la Constitución: (i) la separación de poderes y (ii) el control fiscal como control posterior y selectivo, exclusivamente”. En cuanto a sus especificidades a través de “múltiples referentes normativos” el accionante desarrolla toda una sustentación sobre “la separación de poderes como pilar esencial de la Constitución Política de 1991”, respecto de lo cual cita algunos apartes de las sentencias C-970 de 2004, C-141 de 2010 y C-285 de 2016 en los que esta Corporación ha reconocido su carácter de eje definitorio de la constitución.

1. En cuanto al “control posterior y selectivo como manifestación de la separación de poderes y pilar esencial del control fiscal en la Constitución Política de 1991” entre los folios 19 y 26 del escrito de demanda el accionante realizó una argumentación basada en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente y el análisis de los artículos superiores 267, 269 y 270 a partir de lo cual sustentó la conclusión según la cual “cualquier modificación a la concepción del control fiscal como exclusivamente posterior y selectivo significa sustituir la médula del diseño institucional que hizo el Constituyente de 1991 al control fiscal colombiano, máxime si tal cambio implica restablecer elementos del modelo de control anacrónico que la Asamblea Nacional expresamente decidió excluir de la Administración Pública”.

1. Respecto del deber de argumentar porqué dicho pilar es esencial y definitorio, el demandante sostuvo, como “conclusión de la premisa mayor”²⁷ una argumentación según la cual “[e]l Constituyente de 1991 instauró un modelo de control fiscal basado exclusivamente en controles posteriores y selectivos. Este mandato es la médula o columna vertebral de toda

la fiscalización ejercida sobre la gestión de la Administración, diseñado como una manifestación de la independencia garantizada por la separación de poderes en el ámbito particular del control fiscal”.

1. A efectos de sustentar esta conclusión, el demandante aludió a las sentencias que esta Corte ha proferido en asuntos relacionados con las competencias de la Contraloría General de la República, de las cuales resalta la importancia que esta Corte ha reconocido al modelo de control posterior y selectivo. En su extenso análisis el demandante refiere las sentencias C-529 de 1993, C-534 de 1993, C-648 de 2002, C-967 de 2012, C-103 de 2015, C-470 de 2016, al final de cuyo análisis indicó: “la noción de control fiscal como posterior y selectivo se erige en componente del principio de separación de poderes en una materia específica, el cual garantiza la independencia y autonomía entre el Ejecutivo y el órgano de control mismo”.

1. Para la Corte es claro que el escrito de demanda cumplió a satisfacción con la carga de suficiencia requerida en la estructuración de la premisa mayor del juicio de sustitución alegado en la demanda. Se reitera en esta ocasión que dicha exigencia debe ser entendida, no como la demostración de existencia de un eje definitorio, sino como el cumplimiento de unos estándares cuyo objeto es dar elementos que permitan colegir razonablemente la existencia de un eje identitario de la Carta Política, a fin de que sea esta Corporación la que al examinar dichos elementos y los demás que considere pertinentes, concluya si le asiste o no razón al demandante.

1. Respecto de la premisa menor, la demanda explicó de manera extensa, las razones por las cuales el accionante considera que el nuevo modelo de control no solo difiere del posterior y selectivo, sino que resulta incompatible con el mismo. Al analizar las competencias con que ejercería el control preventivo y concomitante sostuvo que, pese a que formalmente se diga lo contrario, el nuevo modelo de control fiscal compromete gravemente la adecuada ejecución del control posterior y selectivo, así como las garantías aplicables dentro de su

desarrollo, tal como fueron diseñadas por el Constituyente.

1. En este contexto se verificó que la demanda presentó sus premisas con elementos de juicio razonables, que plantean una discusión constitucionalmente pertinente, sobre la forma como la norma demandada podría afectar el eje definitorio identificado por el accionante, correspondiendo en el examen de fondo determinar si realmente se presentó una sustitución de la constitución.

1. En cuanto a la conclusión, el demandante dedicó una sección a sustentar que el eje definitorio de separación de poderes y control fiscal posterior y selectivo habría sido sustituido de forma parcial con la actual reforma²⁸. La Corte reitera que en esta etapa procesal lo que se verifica es la suficiencia de los argumentos desde la perspectiva de una sustentación dirigida a activar la competencia de esta Corporación para estudiar la constitucionalidad de una reforma a la Carta. El examen de aptitud de la demanda no es un juicio anticipado en el que se evalúe la exequibilidad de las normas, sino una evaluación de requisitos, que en el presente caso se cumplen a cabalidad.

1. Lo anterior, además, se vincula con la relevancia que el principio pro actione cumple en procesos de naturaleza pública y en particular en el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, según el cual “el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte”²⁹.

1. A partir de lo expuesto, la Corte considera que la demanda satisfizo los requisitos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y las exigencias de suficiencia que son propias de una acción pública contra un acto reformativo de la constitución por exceso de competencia del legislador. Por todo lo cual la Corte procederá a adelantar el examen de los cargos

presentados contra la norma acusada.

Problema jurídico

1. En atención a lo expuesto previamente, corresponde a la Sala Plena determinar si las variaciones al modelo de control fiscal, constituyen una sustitución de un eje fundamental de la Constitución.

1. A partir del problema jurídico planteado, la Corte adelantará un análisis a partir de: i) las reglas jurisprudenciales sobre el juicio de sustitución constitucional; ii) el contenido de los elementos del principio constitucional de separación de poderes (premisa mayor); iii) las variaciones generadas con la reforma (premisa menor); y por último, iv) establecer si las variaciones al modelo de control fiscal constituyen o no una sustitución de un eje fundamental de la Carta Política de 1991 (conclusión).

El juicio de sustitución constitucional

1. La Constitución en su artículo 241.1 señala que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución solo por vicios de procedimiento en su formación. A partir de dicha competencia, este Tribunal ha entendido que lo dispuesto en el artículo 374 superior, respecto de que la Constitución Política “podrá ser reformada” por (i) el Congreso, (ii) por una Asamblea Nacional Constituyente o (iii) por el Pueblo mediante referendo, supone que los órganos destinatarios de la potestad de reforma tienen ciertas limitaciones, y que la Constitución ha delimitado las hipótesis de modificación, excluyendo otras modalidades como su derogatoria, la sustitución en su integridad, o su suspensión y desconocimiento.

1. Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corte explicó la relevancia de la determinación de la competencia como elemento fundamental para analizar la exequibilidad del procedimiento cuando se reforma la Constitución³⁰. En la sentencia C-551 de 2003, la Corte sostuvo que el poder de reforma no puede sustituir, derogar, suprimir o reemplazar la Constitución vigente por otra integralmente diferente, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional revisar si el poder de revisión, so pretexto de la reforma, rebasó o excedió sus competencias arrogándose potestades propias del poder constituyente primario.

1. Para definir cuándo se materializa una sustitución de la Constitución, que exceda el poder de reforma de los poderes constituidos, se han considerado varias reglas que restringen la competencia de la Corte para analizar estas materias. Así, es posible identificar en la jurisprudencia analizada los siguientes planos del juicio de sustitución:

i) El juicio de sustitución se centra en la evaluación acerca de si el poder constituido que modifica la Carta, se circunscribió a los límites de su poder de reforma, o los desconoció a través de un cambio de tal entidad que desnaturaliza la Carta. En consecuencia, la actividad de la Corte se circunscribe a estudiar si el reformador sustituyó la Constitución, sin que por ello efectúe un control material ordinario del acto acusado. En tal medida, no existe una comparación entre la reforma y la Constitución con miras a establecer si la primera contradice la segunda, pues necesariamente una reforma constitucional contradice la Constitución³¹.

ii) La Constitución no establece reglas intangibles ni cláusulas pétreas, sino principios axiales e identitarios que, si llegasen a ser reformulados, afectarían la identidad de la Constitución, convirtiéndola en un texto distinto. Estos aspectos estructurales no están contenidos en la disposición normativa concreta, puesto que no se trata de instaurar cláusulas intangibles, sino que son identificables a partir del análisis de distintas disposiciones constitucionales que

concurrir en la conformación de dichos ejes.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que la identificación de esos ejes estructurales de la Constitución, es un proceso en construcción a partir de una interpretación sistemática de la Carta.

iii) La transgresión de competencia en la reforma puede tener distintas modalidades y se configura no solo cuando la Constitución es reemplazada como un todo (sustitución total), sino también cuando se desnaturaliza uno de sus ejes definitorios y con ello se pierde la identidad de la Carta (sustitución parcial)³². Para efectuar el denominado “juicio o test de sustitución” es necesario establecer: (i) una premisa mayor, (ii) una premisa menor y (iii) una conclusión.

1. En primer lugar, una vez establecido el cumplimiento de los requisitos de forma, temporalidad y fondo de la demanda, el juicio inicia por la construcción de la premisa mayor, esto es, la identificación del elemento definitorio, axial o esencial de la Constitución que se alega sustituido por el acto reformativo.

1. En segundo lugar, la Corte debe establecer la premisa menor, a partir del análisis sobre el alcance de las modificaciones generadas con la reforma, en particular, el efecto de las medidas establecidas en la reforma frente a las disposiciones y los principios constitucionales identificados en la premisa mayor como aquellos cuyo contenido normativo es el reflejo del eje identitario supuestamente afectado. Todo ello se debe realizar a partir del examen del contenido normativo introducido con la reforma.

1. Finalmente, la Corte debe establecer su conclusión, que como resultado del contraste de las dos premisas, recaiga sobre si el nuevo elemento normativo elimina absoluta o parcialmente, de forma permanente o temporal, un elemento esencial de la estructura

constitucional y lo reemplaza por otro radicalmente distinto, en cuyo caso se estaría ante un exceso de la competencia de reforma constitucional que se adscribe a los poderes constituidos, como sucede con el Congreso al proferir actos legislativos³³.

1. A partir de lo expuesto, procede la Sala Plena a adelantar el examen de la norma demandada.

Premisa mayor: el principio de separación de poderes como eje definitorio de la Constitución

1. La jurisprudencia Constitucional de manera reiterada ha reconocido que el principio de separación de poderes es un eje definitorio de la Carta Política. En consecuencia, no puede ser suprimido o sustituido por el constituyente derivado³⁴, toda vez que el poder político debe ser limitado, a fin de evitar su abuso³⁵.

1. Así, la Corte ha sostenido que el principio de separación de poderes fue el punto de partida del diseño constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, al punto que: “[e]n la Constitución de 1991 este principio irradió toda la configuración del Estado y se convirtió, de este modo, en un principio axial del texto constitucional”³⁶.

1. En efecto, el sistema estructural del Estado colombiano, diseñado en la Carta Política de 1991, se concibió bajo el modelo flexible e integrador de separación de poderes. Este combina la división tripartita del poder público con el principio de colaboración armónica, en un sistema de pesos y contrapesos lo que permite articular la división funcional y el control interinstitucional con la interacción y la colaboración armónica para el logro de los fines del Estado.

1. Específicamente, el artículo 113 de la Constitución señala que: “son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial y que, además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”. Igualmente, establece que: “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Lo que se acompasa con todo el entramado que, a partir del diseño republicano del Estado establecido en el artículo 1 de la Carta Política, desarrolla claramente un sistema de división y separación funcional y la prohibición de concentración y abuso de poder³⁷.

1. Teniendo en cuenta la importancia que para el constituyente primario tuvo dicho principio, la transversalidad que el mismo tiene en la Carta Política y, particularmente, la importancia que la Corte Constitucional le ha reconocido en su jurisprudencia, esta Corte ha señalado que se trata de un verdadero eje definitorio de la Carta.

1. Ahora bien, la separación de poderes ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional desde dos dimensiones: (i) el otorgamiento de funciones exclusivas a cada una de las ramas del poder público y (ii) la ausencia de injerencias externas de un órgano hacia otro, en donde se quebranten las funciones y roles asignados a cada uno de ellos, por cuanto ello limita su capacidad de autogobierno.

1. En este contexto, la articulación constitucional del principio de separación de poderes busca garantizar la autonomía e independencia de cada órgano en el desarrollo de sus funciones, pero todo ello en medio de la colaboración armónica. Este diseño se refleja en diversas disposiciones de la Carta Política. Así, el artículo 121 de la Constitución, como primera medida, establece una prohibición expresa a las autoridades del Estado para ejercer funciones diferentes a las previstas en el propio ordenamiento, el cual, analizado armónicamente con lo dispuesto por los artículos 6º, que prescribe la responsabilidad de los

servidores públicos por la extralimitación de tales funciones, y el artículo 1º que define a Colombia como un Estado organizado en la forma republicana, pretende establecer que, si bien la misma Carta acepta la colaboración armónica entre los poderes públicos, estos no pueden interferir funcionalmente en las decisiones que cada uno adopte en el ejercicio de las que a ellos hayan sido encomendadas.

1. En ese contexto, el punto clave del principio de separación de poderes es que excluye tajantemente aquellos modelos que respaldan la concentración del poder y de las misiones del Estado, por cuanto su propósito es la asignación y distribución de las funciones que le permitan cumplir con sus fines esenciales, tales como: “legislar, administrar, juzgar, controlar, organizar las elecciones o la de controlar el funcionamiento estatal; si bien en ciertos casos excepcionales, a un mismo órgano se le otorgan competencias para ejercer distintos roles, en cualquier caso el diseño institucional se encuentra atravesado por la división y separación funcional y por la prohibición de concentración y abuso del poder. En este orden de ideas, la Constitución de 1991 resulta irreconocible si se sustituye, total o parcialmente este principio, por un principio de concentración de poder”³⁸.

1. Ahora bien, a diferencia del modelo rígido de separación de poderes, la Constitución adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público. Este se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de pesos y contrapesos entre las ramas del poder público, como ocurre con distintas instituciones como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco de la República, el Consejo Nacional Electoral o la Registraduría Nacional del Estado Civil.

1. En consecuencia, es indispensable garantizar la independencia y la autonomía de los órganos a los que la Constitución atribuye las funciones esenciales del Estado, entendiendo por independencia la ausencia de injerencias externas en el desarrollo de los cometidos constitucionales del respectivo órgano, y por autonomía, el otorgamiento, a cada uno de

tales órganos, de la capacidad para desenvolverse y desplegar sus actividades por sí mismos, y para autogobernarse³⁹.

1. Al respecto, la Corte ha explicado que la autonomía e independencia se convierten en un supuesto esencial de la división de poderes, no sólo porque garantizan la especialización de la administración pública, sino especialmente porque impiden la configuración de poderes omnímodos que pongan en riesgo los derechos y libertades de los ciudadanos, sin que esta autonomía e independencia sea incompatible con la implementación de mecanismos que permitan controles recíprocos ni con la cooperación armónica interinstitucional.

1. Entonces, la tradicional separación de poderes se ha visto sometida a los cambios provenientes del reconocimiento o la aparición de funciones -como el control fiscal- que complementan las encargadas a cada una de las ramas del poder público, en procura de una colaboración recíproca orientada a un mejor desempeño de la actividad estatal y al control que surge como consecuencia de la implementación de un delicado mecanismo de pesos y contrapesos.

1. Al respecto, la Corte ha destacado que la Contraloría General de la República es un organismo de control estatal con competencias específicas, que acompaña horizontal, colaborativa y armónicamente a las ramas tradicionales del poder público, a través de una función especializada y autónoma mediante la cual inspecciona la actividad fiscal externa de todas las instituciones del Estado desde el punto de vista financiero, de gestión y de resultados⁴⁰.

1. Su marco de acción es el control fiscal, que ha sido reconocido por la Corte como una herramienta eficaz e idónea para la protección del patrimonio público, a través de (i) la

verificación del correcto manejo de los recursos públicos y (ii) el establecer si en el ejercicio de la gestión de los recursos colectivos se cumplen las normas que sujetan a la administración en términos de legalidad y se asegura el cumplimiento de los fines constitucionales y misionales de cada una de las entidades⁴¹.

1. Además, esta Corte ha determinado que el control fiscal obedece a la necesidad de preservar el erario y de consolidar una instancia: “que garantice y verifique la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos”⁴².

1. En consideración a lo expuesto, la Sala Plena reitera que la separación de poderes es un eje fundamental de la Constitución. Este incluye el ejercicio de control fiscal realizado por la Contraloría General de la República, con la finalidad de proteger el patrimonio colectivo y asegurar la moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado.

1. En este punto conviene hacer una precisión respecto de algunos precedentes de la Corte en relación con el control posterior y selectivo que ejerce la Contraloría General. Para ello, se hará alusión a dos pronunciamientos centrales a través de los cuales esta Corporación explicó las reglas bajo las cuales se diseñó el control fiscal establecido en el artículo 267 superior.

1. En la sentencia C-103 de 2015, la Corte examinó la facultad de advertencia sobre riesgos de pérdida de recursos públicos que implementaba el numeral 7 del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000. En esta ocasión, este Tribunal Constitucional determinó que la misma contrariaba la Carta Política, dado que dicha función sobrepasaba el marco de acción otorgado a la Contraloría respecto de: “(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.”

1. En igual sentido, en la sentencia C-470 del 2017 la Corte hizo alusión a las reglas bajo las cuales funcionaba la Contraloría General. En esta ocasión se destacó la relevancia de la naturaleza posterior y selectiva del control fiscal, así:

“3.1.2. La naturaleza del control y vigilancia que ejerce la Contraloría General de la República es posterior y selectiva, lo cual constituye una de las características del actual modelo de control fiscal. Ello se acompasa con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, a fin de evitar toda forma de coadministración y garantizar la independencia y autonomía del órgano de control”.

1. Lo anterior es una muestra del respeto propio que esta Corporación debe hacer respecto de los lineamientos constitucionales, a partir de las funciones asignadas en el mismo ordenamiento superior, dado que atendió al simple control que se ejerce respecto de la verificación de una oposición objetiva entre la disposición demandada y el texto constitucional. Sin embargo, ello no implica que la Corte hubiere dado el rango de eje identitario de la Carta Política al control posterior y selectivo y más aún que este fuera el único medio a través del cual se pudiera ejercer el control fiscal.

1. De las anteriores precisiones se debe reiterar que la Constitución no establece reglas intangibles ni cláusulas pétreas, sino principios axiales e identitarios que, si llegasen a ser reformulados, afectarían su identidad. En tales condiciones, asumir un modelo de control fiscal es una decisión que repara en las necesidades de cada momento y sus circunstancias específicas, como, por ejemplo, los avances tecnológicos y de gestión, en el manejo de

recursos públicos.

Premisa menor: la reforma introducida a través del Acto Legislativo 04 de 2019

1. El segundo paso del juicio de sustitución es la determinación de la premisa menor. Dicha premisa está conformada por los elementos novedosos y diferentes que el acto legislativo acusado introdujo en la arquitectura constitucional. Para tal fin se hará alusión a: i) la evolución del control fiscal; ii) el diseño del modelo de control fiscal establecido en la Constitución original y iii) la reforma introducida a través del Acto Legislativo 4 de 2019.

1. El modelo de control previo bajo la Constitución de 188643. La institución del control fiscal existe en el país desde la Ley 42 de 1923, donde se dispuso la creación de una institución autónoma, denominada “Departamento de Contraloría”, encargada de fiscalizar el manejo de los recursos públicos.

1. Luego, mediante el Decreto 911 de 1932, el gobierno decidió reorganizar la Institución otorgándole el carácter de oficina de contabilidad y control fiscal, incluyendo dentro de sus funciones el control previo de la gestión administrativa, correspondiendo al contralor general expedir una certificación de disponibilidad, junto con el registro de los contratos en el Departamento de la Contraloría (art. 9).

1. El artículo 93 del Acto Legislativo 1 de 1945 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración y por medio de la Ley 20 de 1975 se regularon las etapas de “control previo”, “control perceptivo” y “control posterior”.

1. Específicamente, en relación con el control previo, la referida ley confirió al contralor una serie de facultades, como lo era la de someter el pago por contratos administrativos a la autorización del contralor, quien debía recibir copia auténtica del Diario Oficial o de un diario de amplia circulación, con el extracto del contrato visado por el auditor o revisor fiscal correspondiente (art. 9).

1. A su vez, 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.

1. Por su parte, el Decreto 925 de 197644 definió las modalidades de fiscalización, destacando el control previo como aquel consistente 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” (art. 2).

1. En el mismo sentido, el referido decreto ordenaba que en toda junta o comité de licitaciones, adquisiciones o compras debía asistir un representante de la Contraloría General en el trámite previo a la celebración del contrato, de manera que, si tenía observaciones sobre el mismo, no era posible contratar hasta tanto la Contraloría no se hubiere pronunciado y se reestudiara el asunto por el respectivo comité (art. 5).

1. Este tipo de modelo de control fiscal generó múltiples inconvenientes, al punto que el Consejo de Estado se ocupó de precisar el alcance del control previo, advirtiendo que, si bien la Contraloría estaba facultada para verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto, no podía llegar hasta la intromisión en las actividades propias de la

Administración. En concreto se indicó:

“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.”⁴⁵

1. A partir de las facultades atribuidas al contralor general, se fueron evidenciando múltiples problemáticas como la coadministración, la ralentización de la administración y la corrupción por la concentración del poder, situación que en últimas llevó a cambiar el modelo de control fiscal⁴⁶.

1. El control fiscal en la Constitución de 1991. El constituyente hizo evidente su interés por evitar cualquier forma de intromisión de los organismos de control fiscal en la actividad administrativa, específicamente en atención a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores, lo que llevó a establecer un modelo de control fiscal posterior y selectivo, a partir de una evaluación de resultados de la gestión fiscal de la administración.

1. En tal sentido, el texto aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente dejó explícito que el modelo de control elegido eliminaba definitivamente el sistema de control previo, según quedó consignado en el artículo 267 superior, donde se consignó:

“El 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.

Dicho 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.”

1. Por su parte, el artículo 5º de la Ley 42 de 1993⁴⁷ definió el modelo de control fiscal escogido, así:

“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.”

1. Este modelo se caracteriza por ser un esquema de “carácter posterior, selectivo, amplio e integral”⁴⁸, que opera mediante la complementariedad de los mecanismos externos e internos de seguimiento a la actividad fiscal. El primero lo ejerce la Contraloría General de la República junto con las contralorías territoriales y, el segundo, cada entidad pública⁴⁹ en consonancia con los parámetros y lineamientos de la entidad nacional⁵⁰. Este esquema se

caracteriza por ser amplio, integral, complementario, posterior y selectivo⁵¹.

i) Amplio en dos sentidos: por un lado, recae sobre personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso⁵². Por el otro, la vigilancia fiscal implica un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de cuentas y de valoración de los mecanismos de control interno de las entidades o personas controladas, con el propósito de determinar si la asignación de los recursos públicos maximiza los resultados de la gestión administrativa⁵³.

ii) Integral porque abarca la totalidad del proceso de la gestión de los recursos públicos. Comprende la verificación del “manejo de los bienes y recursos públicos en las etapas de recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación, enajenación”⁵⁴, y finalmente supone la valoración del logro de los resultados para el que fueron destinados.

iii) Complementario entre las dos modalidades de control, la externa que asume la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y las contralorías municipales y, la interna y previa desplegada por cada entidad en el marco de su actividad administrativa.

iv) Posterior, dado que los organismos de control fiscal solo están facultados para desplegar sus competencias una vez la administración ha actuado, de modo que su actividad empieza justamente cuando esta ha adoptado sus decisiones.

v) Selectivo, ya que se basa en la elección de una muestra representativa de recursos,

cuentas, operaciones o actividades, mediante un procedimiento técnico, a fin de obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal⁵⁵. Lo anterior, dado que en la práctica no todas las actividades administrativas pueden ser objeto de control, y lo son aquellas que permitan consolidar una visión global de las operaciones de las autoridades⁵⁶.

1. En este contexto y de cara al asunto objeto de examen, el esquema original constitucional se refirió principalmente a un control fiscal posterior y selectivo, a fin de evitar cualquier forma de intromisión en la capacidad decisoria y dispositiva de la administración (coadministración) bajo el modelo de control previo imperante en la Constitución de 1886.

Los cambios generados por las expresiones demandadas del Acto Legislativo 04 de 2019

1. El accionante demandó puntualmente unas expresiones de los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, con los cuales se modificaron los artículos 267 y 268 de la Carta, las que se refieren a que:

i) El control fiscal podrá ser preventivo y concomitante, el cual no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación del control social y con la articulación del control interno.

ii) La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

iii) Tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la

conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia pública.

iv) El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al contralor general de la República en materias específicas⁵⁷.

v) El contralor cuenta con la atribución de advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.

1. El nuevo diseño constitucional implica que el control fiscal se desarrolle en momentos previos al perfeccionamiento de los contratos y al posible daño fiscal, de forma que el objeto de este control no se hace sobre los daños sino sobre los riesgos. Su finalidad no es la reparación del daño sino su prevención a través de advertencias al gestor fiscal para que se valoren las apreciaciones de la Contraloría General de la República en punto de una actividad que esta considere como riesgosa. Es menester regular las especificidades de ese control, para que el mismo se ejerza con valoraciones objetivas, medibles, evidenciables y no apenas sobre pálpitos, pareceres subjetivos y unilaterales o simples arbitrariedades.

1. Por su parte, en la exposición de motivos del Acto Legislativo 4 de 2015⁵⁸ se explicó la ineficiencia del control posterior y selectivo. En consecuencia, se planteó la necesidad de introducir un complemento mediante el control denominado preventivo y concomitante. Este funcionaría de forma adicional al control posterior y selectivo originalmente dispuesto en la Carta Política⁵⁹.

1. En cuanto a la explicación del modelo preventivo y concomitante, la exposición de motivos comenzó por señalar que mientras el modelo anterior a la Constitución de 1991 entorpecía el ejercicio de la administración, el actual: “se queda corto en la real y efectiva protección del patrimonio público, porque por sus límites competenciales puede actuar única y exclusivamente cuando los procesos administrativos se han ejecutado, lo que muchas veces equivale a decir: cuando el daño se ha consumado”. A partir de este argumento, en la exposición de motivos se explica que el nuevo modelo propuesto responde a las nuevas dinámicas de la gerencia pública y, en ese sentido, permite que las contralorías actúen en tiempo real “esto es, que su control y vigilancia se dé en términos de efectividad y protección oportuna del patrimonio desde el momento en que el riesgo surge”⁶⁰.

1. Se destacó que el diseño propuesto permite a la Contraloría actuar antes de que suceda el daño porque su finalidad no es lograr la determinación de un daño ocurrido para perseguir el resarcimiento de este sino su prevención. En ese sentido, en la exposición de motivos se destacó la necesidad de empezar su actuación a partir de “el momento en que el riesgo surge” o “sobre aquellos daños que son evidentes o cuya materialización es perfectamente predecible”. Todo ello para enfatizar un tipo de control preventivo en el que se invita a la participación ciudadana⁶¹.

1. El Decreto Ley 403 de 2020, “por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal, a partir de las facultades extraordinarias que le confiere el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019” ofrece las pautas que desarrollarían esta perspectiva del nuevo control fiscal.

1. La intención del constituyente derivado fue la de establecer un sistema basado en la

anticipación y prevención del daño, a través del seguimiento de las fuentes y uso del recurso público durante todas las fases de las operaciones financieras y presupuestales. Ello implica el fortalecimiento del aparato auditor y de fiscalización, así como el incentivo a la mayor participación ciudadana en la vigilancia fiscal, en procura de evaluar e identificar los riesgos y generar las advertencias dirigidas a que el administrador tome las medidas necesarias a fin de evitar la consolidación del daño al patrimonio público.

1. De todo lo expuesto, se extrae que el Acto Legislativo 04 de 2019, modificó los siguientes aspectos:

i) El control fiscal además de ser posterior y selectivo, se podrá ejercer de manera preventiva y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público.

ii) El modelo preventivo y concomitante tiene un carácter excepcional y no puede implicar coadministración. Además, se debe realizar en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación del control social y con la articulación del control interno.

iii) El control preventivo y concomitante se realizará en forma de advertencia y su ejercicio corresponde exclusivamente al contralor general en materias específicas.

1. En este contexto, la Sala encuentra que la intención del constituyente derivado fue complementar el sistema actual de control por considerarlo insuficiente y añadirle el modelo de control preventivo y concomitante ejercido a través del seguimiento constante y paralelo de la gestión fiscal, a partir de la función de advertencia, sin que ello implique coadministración, eliminando riesgos potenciales y daños previsibles. En tal medida se dejó

claro que no se buscaba juzgar la actividad del gestor público, sino el prevenir el daño, a través de un mecanismo eficaz y legítimo para evitar que el gestor fiscal tome decisiones que vayan en contravía del erario.

1. Entonces, el control preventivo y concomitante no puede incidir en las decisiones de la administración, al punto de instituir un sistema de coadministración o cogestión, toda vez que la enmienda constitucional expresamente lo prohíbe, con lo cual se debe eliminar cualquier tipo de veto o pre-aprobación respecto de las decisiones adoptadas por los gestores de recursos públicos. Así, a través de la figura de la advertencia, se les permite identificar los riesgos que se ciernen sobre algunos proyectos para que evalúen esa situación y puedan tomar los correctivos respectivos antes de que se genere un daño al patrimonio. Finalmente, este modelo no reemplaza el control posterior y selectivo, sino que busca complementar el ejercicio del control fiscal.

1. De acuerdo con lo expuesto en la reforma constitucional, esta varió el sistema de control fiscal con el objetivo de hacerlo más eficiente, concentrando parte de su actividad en la prevención de daños sobre los cuales se establece la existencia de un riesgo, de forma que el órgano de control pueda hacer el seguimiento de los procesos de contratación en curso y señalar al gestor fiscal cuando lo vea indispensable, los eventuales riesgos para que estos no se materialicen en daños contra el patrimonio público.

1. La reforma constitucional así vista, plasma una gran preocupación mundial de estos tiempos, cual es la prevención de los riesgos de corrupción a los cuales se exponen los recursos públicos. La corrupción empobrece las naciones, y atrasa las posibilidades de desarrollo en todos los campos. De allí que puede advertirse que constituyente derivado advirtió necesaria una reforma al control fiscal, con miras al control del anotado riesgo.

Conclusión: las variaciones al modelo de control fiscal no constituyen una sustitución a la

separación de poderes como eje definitorio de la Constitución

1. Por último, el tercer paso del silogismo dentro del juicio de sustitución exige el establecer una conclusión en donde se determine si efectivamente la reforma constitucional introducida realmente termina por sustituir la Carta Política o uno de los ejes identitarios de la misma.

1. A través del presente examen, la Corte Constitucional pudo concluir, como premisa mayor del juicio de sustitución que el diseño constitucional de la estructura del Estado y separación de poderes donde los distintos órganos interactúan entre sí en un sistema de pesos y contrapesos. Específicamente el control fiscal se erige como un instrumento propio del delicado balance constitucional, sin que la forma en que se adelante dicho control forme parte de un elemento definitorio de la Constitución.

1. Efectivamente, la separación de poderes es un eje fundamental de la Constitución. Este incluye el ejercicio de control fiscal adelantado por la Contraloría General de la República con la finalidad de proteger el patrimonio colectivo y asegurar la moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado.

1. Ahora bien, lo que se discute es si el modelo de control fiscal en sí mismo constituye tal eje identitario de la Constitución. Así, en el presente asunto, el demandante acusó una serie de expresiones de los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 4 de 2019 por considerar que se habían tramitado con un exceso de competencia por parte del Congreso de la República por tener la naturaleza de una sustitución parcial del eje definitorio de la Constitución de división de poderes y el control fiscal posterior.

1. Al respecto, la Sala Plena entiende que el control fiscal posterior y selectivo no es un eje de la Constitución, pues del hecho cierto de que el Constituyente decidiera abandonar un esquema de control previo, no se deriva como necesario que el control posterior y selectivo constituya un eje de la Constitución del 1991.

1. Para la Corte, el elemento definitorio de la Constitución es el modelo de separación de poderes que incluye un sistema de pesos y contra pesos, a través de instancias de control del ejercicio del poder, con particular énfasis en la lucha contra la corrupción y en la protección de los recursos y los bienes públicos.

1. Por lo tanto, el complejo entramado entre la separación de poderes y los controles recíprocos que implican la concurrencia de distintos órganos en el cumplimiento de las funciones del Estado, conlleva la existencia de diversas modalidades de control, por lo que la reforma corresponde al ejercicio propio de evolución de los controles, convirtiéndose en un modelo complementario al posterior y selectivo, con lo cual la reforma no abandona este tipo de control, simplemente se incorporan otros elementos para lograr los fines del sistema de pesos y contrapesos.

1. Como se dijo párrafos atrás, la manera como se ejerce el control fiscal posterior y selectivo no es un eje de la Constitución. El que el Constituyente derivado decidiera abandonar un esquema de control previo (Constitución de 1886), no implica que el control posterior y selectivo (Constitución de 1991) constituya, en consecuencia, un eje definitorio del ordenamiento superior. Entenderlo así, conllevaría a que este esquema fuera inmodificable, impidiendo cualquier tipo de reforma que lo hiciera más efectivo a partir de los distintos avances tecnológicos existentes, el avance de los sistemas de control de la gestión estatal de recursos públicos, las nuevas formas de corrupción, etc.

1. Sentado lo anterior, la Corte considera indispensable destacar que el Acto Legislativo 4 de 2019 se cuidó de advertir que el control preventivo y concomitante: (i) no implicará coadministración; (ii) se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos; (iii) mediante el uso de tecnologías de la información; (iv) con la participación activa del control social y con la articulación del control interno; (v) con carácter excepcional no vinculante; (vi) sin que pueda versar sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos y finalmente (vii) realizándose en forma de advertencia al gestor fiscal, cuyo ejercicio y coordinación corresponde exclusivamente al contralor general de la República en materias específicas.

1. En tal medida, para la Sala es evidente que cuando la Constitución prescribe que el control también será concomitante y preventivo, este debe ser entendido como un control anterior. En tal medida, no se discute que el control previo de la Carta de 1886 resultó fallido, sin embargo, eso no implica que el control preventivo y concomitante cuente con los mismos vicios de aquel.

1. Entonces, el control concomitante y preventivo establecido por medio del Acto Legislativo 4 de 2019, de acuerdo con lo expresamente señalado en la norma constitucional, no implica ni puede implicar en manera alguna, coadministración. Esto quiere decir que abandona cualquier tipo de poder de veto o pre-aprobación por parte del organismo de control. Además, el control es excepcional y se ejerce ante la existencia de un riesgo inminente para prevenir un daño. A su vez, la advertencia no obliga a los gestores de los recursos públicos, como ocurría con el control previo vigente en la Carta Política de 1886, el cual era general, vinculante y significaba intromisiones directas en la gestión de la Administración.

1. Para la Corte es importante dejar sentadas las profundas diferencias que existen entre el control previo (Constitución de 1886) y control concomitante y preventivo (Acto Legislativo 4 de 2019), como se explica en el siguiente cuadro.

Control previo

Control concomitante y preventivo

En el trámite previo a la celebración del contrato debía asistir un representante de la Contraloría General, de manera que, si tenía observaciones sobre el mismo, no era posible contratar hasta tanto la Contraloría no se hubiere pronunciado y se reestudiara el asunto (Decreto 925 de 1976 art. 5).

El control “preventivo y concomitante” tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos.

La contratación estatal estaba sometida al visto bueno del Contralor (Decreto 911 de 1932 art. 9, Ley 20 de 1975 art. 9).

El control preventivo y concomitante se ejerce de forma paralela, a través de advertencias al gestor fiscal, sin que las mismas resulten vinculantes.

1. El anterior esquema muestra que el control concomitante o preventivo en manera alguna paraliza la actividad administrativa. Además, este no resulta vinculante para la contratación y mucho menos entorpece la actividad de la administración, pues su ejercicio se materializa a través de la figura de la advertencia, la cual permite que la actuación del gestor continúe. Ahora bien, para que el fin propuesto evidentemente se materialice, esto es, que el control concomitante y preventivo no se desdibuje al punto que llegue a convertirse en una suerte de control previo camuflado, debe respetar como mínimo las siguientes condiciones:

i) La advertencia permite que el gestor continúe su actividad sin que constituya un prejuzgamiento. No se trata de definir cómo y en qué ejecutar los recursos, sino de indicar a la administración cuándo se puede llegar a materializar un daño. En efecto, en la demanda subyace la idea de cuan nefasta sería para un gran cúmulo de actividades, una coadministración disfrazada de control preventivo. Y ello por cuanto un considerable número de actividades propias del ámbito privado puede ser también desempeñada por entidades estatales (establecimientos públicos, sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas), con lo cual posibilitar la injerencia en el libre desarrollo del objeto empresarial de estas últimas, terminaría exponiendo su propia existencia, pues, mientras en el ámbito privado la libre iniciativa gobierna su actuar, en los entes públicos un tercero -la contraloría—tendría capacidad de direccionar el libre desarrollo empresarial, lo cual de suyo sería una gran desventaja en frente de sus pares privados.

Debe por ello llamarse la atención en la necesidad de que se diseñen especiales y específicas formas de ejercicio del control preventivo en tales entidades, esto es, en aquellas que desarrollan su objeto en espacios de competitividad.

ii) En relación con las empresas de economía mixta, la reforma debe ser entendida de modo tal que no paralice la actividad administrativa, no implique un prejuzgamiento, ni termine por afectar el adecuado desarrollo de las actividades de las empresas del Estado. En efecto el control fiscal debe atender en estos casos la actividad específica que cumple la entidad, los eventos concretos y determinados que justificarían en su día la injerencia, la forma de evaluar la actividad, por ejemplo, integrando el contexto del mercado a nivel local e internacional, el análisis de procesos completos cuando se trata de actividades complejas o, al contrario, por pasos o niveles de desarrollo.

iii) Se debe garantizar la autonomía territorial. El eventual ejercicio de la intervención funcional se debe realizar en el marco del respeto por la autonomía territorial.

iv) Se debe separar adecuadamente las funciones de prevención, investigación y sanción, como una garantía al debido proceso. Asimismo, el grado de relevancia que tiene en esa función el control interno de las organizaciones, e incluso la inter actuación posible con otras formas de control (vg. procuraduría, fiscalía y superintendencias). El debido proceso aludido renglones atrás puede llegar incluso a la necesidad de estandarizar las formas de ejercer el control preventivo, incluso discriminando las actividades objeto del dicho control y sus especificidades, de tal manera que no puede tratarse de control sobre el cual no existan unas claras reglas de juego.

1. Estos lineamientos permiten a la Corte entender que, el manejo adecuado de este nuevo modelo constituye una garantía de protección de los recursos públicos que finalmente se materializa en una forma de satisfacer los derechos de todo el conglomerado social. Para ello se hace necesario contar con todas las herramientas disponibles en procura de alcanzar el fin propuesto, como lo son las metodologías e instrumentos de gestión inteligente de la información, se base en la analítica de datos, la inteligencia artificial u otros instrumentos técnicos o tecnológicos aplicables durante los ciclos de uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos. Lo anterior, a fin de identificar eventos, riesgos o malas prácticas de gestión y advertir sobre la eventual ocurrencia de daños al patrimonio público, a partir de modelos de anticipación o pronóstico.

1. En este sentido, la enmienda constitucional busca fortalecer el control fiscal en Colombia, de acuerdo con los nuevos retos, las nuevas formas de corrupción y el desarrollo de nuevas tecnologías de la información.

1. En tales condiciones, la Corte concluye que el Acto Legislativo 4 de 2019 no sustituye la Constitución, por cuanto el establecimiento de un novísimo sistema de control fiscal -como el examinado- no constituye per se una afectación al principio de separación de poderes tanto

más si la propia norma constitucional examinada justamente establece los límites de no coadministración.

1. En atención a lo expuesto, las expresiones demandadas del Acto Legislativo 4 de 2019, que incluyeron el control concomitante y preventivo, y la función de advertencia para su implementación, serán declaradas exequibles.

I. Decisión

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

RESUELVE:

Primero.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Legislativo 469 de 2020, levantar la suspensión de términos en el presente proceso.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones demandadas del artículo 1º y el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019, por los cargos analizados en esta sentencia.

Notifíquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-140/20

Referencia: expediente D-13.517

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) del Acto Legislativo 4 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”.

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, salvo mi voto en el asunto de la referencia, por las razones que se exponen a continuación:

Las normas demandadas del Acto Legislativo 4 de 2020, configuraban una sustitución de la Constitución Política que ha debido conducir a declarar su inexecutable. Considero que el modelo previo y concomitante de control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República establecido por el Acto Legislativo 04 de 2019 genera una sustitución parcial y permanente del eje axial de la Carta Política de separación de poderes, por cuanto permite que, a través de las competencias de policía judicial y recaudo de información sobre procesos en desarrollo, el órgano de control se inmiscuya en las funciones administrativas que son propias de las entidades vigiladas y a través de la función de advertencia, intervenga en la decisión del administrador, usurpando su autonomía y afectando la independencia que la misma Contraloría debe tener para el inicio de los juicios fiscales que puedan darse eventualmente.

Estimo que las competencias atribuidas al órgano de control, tanto para exigir información de las entidades, como para ejercer atribuciones de policía judicial, resultan desbordadas cuando se desarrollan en el modelo de control concomitante y preventivo, no solo porque se ejercen sobre el desarrollo de procesos de gestión fiscal en cualquier etapa en que se encuentren - incluso desde las fases de planeación o preparatorias- sin una razón cierta y verificable, sino porque tienen como objetivo servir de insumos a la función de advertencia, dirigida a que el funcionario "adopte las medidas" esto es, que cambie las decisiones y

acciones que estaba adelantando sobre gestión de los recursos de su entidad. De esta manera, el modelo de control fiscal concomitante y preventivo establecido por las expresiones demandadas en el Acto Legislativo 04 de 2017 se convierte en una amenaza a la autonomía funcional de las entidades en el manejo de sus recursos, puesto que permite a la Contraloría General realizar injerencias en los procesos y las decisiones propias del gestor fiscal, basándose en un criterio subjetivo e indeterminado como lo es el “riesgo inminente”.

Considero que la división funcional, que garantiza la autonomía e independencia de las entidades para el ejercicio de las competencias y decisiones que les son atribuidas, se desdibuja con el control preventivo y concomitante diseñado por la reforma, y en cambio, se establece una concentración de poder en el órgano de control que ya no ejerce su función sobre los resultados, sino que puede intervenir y participar, a través de advertencias, en la gestión de los recursos públicos que le corresponde a las demás entidades del Estado. La Carta Política, que fue diseñada buscando guardar celosamente el equilibrio entre los órganos que implementan el poder del Estado, y que por ello estructuró un modelo de control que solo se ejerciera sobre los resultados de la gestión resguardando las competencias de cada una de las entidades, se sustituyó por otra, al menos parcialmente,⁶² cuando se permite que un órgano de control pueda intervenir en las decisiones que son propias de cada autoridad.

En los términos anteriores dejo expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-140/20

Referencia: Expediente D-13517

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) del Acto Legislativo 4 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”.

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, procedo a aclarar mi voto respecto de la Sentencia C-140 de 2019.⁶³ La providencia resolvió declarar exequible las expresiones demandadas del artículo 1º y el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4

de 2019, “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”. Si bien comparto la decisión, aclaro mi voto en relación con el análisis que hace la sentencia de la aptitud sustantiva de la demanda, en particular, en lo referente a la premisa mayor y a la premisa menor del juicio de sustitución.

2. La Sentencia C-140 de 2019 señala que el demandante construye la premisa mayor sobre dos ejes definitorios de la Constitución que considera sustituidos con las normas demandadas: la separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo. Sobre este último señala la sentencia que, en el acápite b de la demanda, “el accionante desarrolla el carácter de eje definitorio de la Constitución del modelo de control posterior y selectivo para lo cual se sustenta, en un análisis histórico y sistemático de la Carta”, por lo que concluye que en este punto los argumentos cumplen con los criterios de pertinencia y suficiencia. Sin embargo, aunque coincido con la sentencia en que la demanda desarrolla de manera clara y articulada el principio de separación de poderes como un pilar constitucional fundamental, no sucede lo mismo con el control fiscal posterior y selectivo. A pesar de que el actor afirma que la separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo son pilares esenciales de la Constitución Política de 1991, al exponer los argumentos sobre este último señala que es una “manifestación de la separación de poderes y pilar esencial del control fiscal”. Al respecto, la demanda concluye: “la noción de control fiscal como posterior y selectivo se erige en componente del principio de separación de poderes en una materia específica, el cual garantiza la independencia y autonomía entre el Ejecutivo y el órgano de control mismo. De ahí deviene que sea un pilar especial esencial de la Constitución Política de 1991, bajo el amparo de la ya extensamente reconocida separación de poderes como eje definitorio del sistema constitucional colombiano”. En consecuencia, en la sentencia se debió advertir que la demanda no logra estructurar el control fiscal posterior y selectivo como un eje definitorio de la Constitución con independencia del principio de separación de poderes, sino, por el contrario, atado a este último, o como lo sostiene el propio demandante, como una manifestación de dicho principio.

3. De otra parte, en relación con el desarrollo de la premisa menor efectuado en la demanda,

la Sentencia C-140 de 2019 indica: “la construcción de la premisa menor del cargo se realizó con fundamento en el objeto y el alcance del modelo de control preventivo y concomitante dispuesto en las expresiones acusadas a la luz de la exposición de motivos del proyecto, y de las competencias que el mismo Acto Legislativo le confiere al contralor general de la República para el desarrollo de sus funciones,⁶⁴ en particular de la función de advertencia”, por lo que la argumentación del accionante resulta pertinente y suficiente. Considero que, si se tiene en cuenta que dicha premisa está conformada por los elementos novedosos y diferentes que el acto legislativo acusado introdujo en la arquitectura constitucional, el demandante debió examinar en este punto el Sistema de Control Interno como parte integrante del modelo de vigilancia fiscal y el impacto que tendrían sobre éste las normas acusadas, y no centrar el análisis únicamente en las competencias que éstas le otorgan al Contralor General de la República.

4. En efecto, el Sistema de Control Interno de las diferentes entidades públicas se articula con el control fiscal externo que realiza la Contraloría General de la República, pues las oficinas de control interno efectúan una tarea de prevención al realizar procesos de auditoría y actividades de seguimiento que facilitan la generación de alertas a la administración. El artículo 2º de la 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”, señala que uno de los objetivos del Sistema de Control Interno es el de “[p]roteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten.”

5. Por lo tanto, al impactar el Acto Legislativo 4 de 2019 todo el modelo de control fiscal, la Sentencia C-140 de 2019 debió haber considerado este aspecto en el análisis de la aptitud sustantiva de la demanda, pues el modelo vigente hasta la reforma constitucional, tal como lo advierte la propia sentencia, es “complementario entre las dos modalidades de control, la externa que asume la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y las contralorías municipales y, la interna y previa desplegada por cada entidad en el marco de su actividad administrativa.” Así entonces, al introducirse el denominado control preventivo y concomitante a través del acto legislativo demandado, la premisa menor de la demanda debió dar cuenta, no solamente del impacto que este nuevo tipo de control

fiscal tiene sobre el control externo realizado por la Contraloría General de la República, sino también sobre el control interno que realizan las propias entidades públicas. Este tipo de control se caracteriza por enfocarse en la prevención a través de alertas a la administración, cumpliendo entonces una función semejante a la que se propone con el control fiscal preventivo y concomitante, pues este nuevo esquema de control, al igual que el control interno, no se enfoca en los daños sino en los riesgos y su finalidad no es la reparación del daño sino su prevención. Solo de esta manera podría considerarse que el estudio del objeto y alcance del modelo de control preventivo y concomitante, desarrollado en la premisa menor, se realizó de manera integral y coherente a partir del impacto que éste tuvo sobre el modelo de control fiscal en su conjunto.

En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales aclaro el voto en la presente decisión.

Fecha ut supra.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-140/20

Referencia: Expediente D-13517

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) del Acto Legislativo 4 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”.

Magistrado Ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corte, si bien comparto su parte resolutive, considero pertinente aclarar mi voto en relación con la fundamentación y uso de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Si bien la ponencia original de la magistrada Cristina Pardo venía declarando la inexecutable parcial del Acto Legislativo 4 de 2019, “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”, no estuve de acuerdo con dicha ponencia por razones de respeto con el poder de reforma del Congreso de la República. Es una reforma inconveniente, que puede revivir el control previo y la coadministración de la Contraloría ejercidos antes de la Carta de 1991, pero considero que la Corte Constitucional debe ser especialmente estricta en la admisión de las demandas contra reformas constitucionales que se basan en el uso de esta importante doctrina, la cual permite a la Corte Constitucional revisar el poder de reforma de la Carta. En efecto, considero que en el caso concreto la demanda adolecía de ineptitud, como expondré en detalle a continuación.

A. Sobre la admisión de demandas de constitucionalidad contra reformas constitucionales, y la ineptitud de la demanda en este caso

1. La demanda carecía de certeza: La demanda se construyó sobre supuestos que no se derivan del texto del acto legislativo, sino de suposiciones construidas por parte del accionante, a partir de una lectura subjetiva y parcial de las normas. En efecto, el accionante sostenía que (i) el control preventivo y concomitante equivale a un control previo, sin realizar un análisis claro que lo llevara a tal demostración, de cara a la argumentación de premisa mayor y el entendimiento del eje axial de la Constitución; y (ii) las funciones de advertencia significarán un mecanismo de coadministración por parte de la Contraloría, con afirmaciones que no soporta en el texto del acto legislativo, sino en meras suposiciones.

1. La demanda carecía de pertinencia: Al revisar la demanda, muchos -sino la mayoría- de los argumentos planteados por el demandante, se referían a la conveniencia de la reforma, sin presentar argumentos que permitan evidenciar si con la misma se sustituyó o modificó algún eje axial de la Constitución. Los argumentos sobre el eje supuestamente sustituido no evidenciaban un análisis de múltiples referentes normativos como lo exige la jurisprudencia de esta Corte, sino que de nuevo se limitaban a la conveniencia frente a los artículos 267 y 268 de la Constitución.

1. La demanda carecía de especificidad: en tratándose de demandas de sustitución de la Constitución, el accionante debe identificar las razones y cuáles serían los ejes constitucionales impactados, y cómo el acto legislativo los estaría reemplazando. Así, aunque el accionante alegaba que existen dos ejes constitucionales que estarían siendo reemplazados: separación de poderes y el control posterior y selectivo, su argumentación se centraba en la separación de poderes y no logró establecer cómo dichas características del control fiscal (posterior y selectivo) serían definitorias de la Constitución de 1991. En el

examen de aptitud de la demanda, el proyecto sostiene que dicho trabajo le corresponde a la Corte Constitucional cuando, en realidad, es posible relajar la exigencia cuando se trata de un eje ya reconocido previamente por la jurisprudencia, pero este no pareciera ser el caso del control fiscal posterior y selectivo, que nunca había sido examinado en un juicio de sustitución de la Constitución. La carencia de especificidad de la demanda se evidenciaba porque el demandante no logró construir adecuadamente la premisa mayor, ya que, en nombre de la separación de poderes, pretendía afirmar que el artículo 267 de la Carta es un eje de la Constitución.

A. Sobre la fundamentación y uso de la doctrina de sustitución de la Constitución

1. Finalmente, con el debido respeto por la jurisprudencia de esta Corte, reitero mi postura crítica frente a la fundamentación y uso de la doctrina de la sustitución de la Constitución⁶⁵. La Corte Constitucional mediante la sentencia C-551 de 2003, introdujo la teoría del control de constitucionalidad por vicios de competencia como una modalidad de los vicios de procedimiento de los actos legislativos que, como tal, se encuentran sujetos al control establecido en el numeral 1º del artículo 241 de la Constitución. No obstante, a pesar de haber pasado varios años y aplicar esta teoría en varias ocasiones, la metodología para el análisis de este vicio, denominado “juicio de sustitución”, sigue siendo un concepto complejo, inacabado e incompleto, que por tal razón debe ser usado con especial prudencia y auto restricción (self-restraint) en aras de no convertir un control estrictamente jurídico en un control político o de conveniencia.

1. Como lo he señalado anteriormente, el concepto de sustitución de la Constitución resulta problemático en la medida en que (i) afecta gravemente el principio democrático; (ii) vulnera la atribución expresa asignada al Congreso para reformar la Constitución a través de actos legislativos; (iii) desconoce que la aprobación de los actos legislativos está revestida de un trámite calificado que tiene por finalidad asegurar procesos de deliberación y consenso adecuados; y (iv) atribuye a la Corte Constitucional un poder excesivo, discrecional y exento

de control, que no se desprende del artículo 241 de la Constitución y que la convierte en una instancia adicional del procedimiento de reforma. Adicionalmente, considero que (i) el juicio de sustitución de la Constitución puede resultar en un control material de los actos legislativos, para el cual la Corte Constitucional carece de competencia; (ii) la construcción del concepto de “eje definitorio” de la Constitución resulta problemático y nuevamente podría conllevar a que se desnaturalice el carácter jurídico del control de constitucionalidad; (iii) la metodología de aplicación del mencionado “juicio de sustitución” puede incurrir en la falacia de petición de principio; y (iv) la aplicación de dicho juicio puede conllevar a la petrificación del sistema constitucional. Todo lo anterior, reafirma mi posición respecto del mencionado juicio de sustitución, el cual demanda un uso restringido, excepcionalísimo y prudente.

1. Así, no le corresponde a la Corte Constitucional ejercer un ‘juicio de sustitución’ donde se confundan diseños institucionales específicos con los ejes definitorios de la Constitución, como tampoco hacer un análisis de la conveniencia que puede traer el cambio en un diseño institucional adoptado por la Constitución. En una democracia constitucional, que carece de límites sustanciales explícitos al poder de reforma constitucional, corresponde a esta Corte revisar el cumplimiento del procedimiento previsto y la necesaria deliberación, pero el juicio sobre la conveniencia o necesidad de la reforma es algo que corresponde en últimas, a los ciudadanos o a sus representantes.

En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración de voto, respecto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

1 El demandante sustenta la naturaleza de eje fundamental de la Constitución del principio de separación de poderes a partir de las sentencias C-970 de 2004, C-1040 de 2005, C-141 de 2010 y C-285 de 2016.

2 Queda fuera de esta clasificación el escrito presentado por la Pontificia Universidad Bolivariana a través de su decano de Derecho, Luis Fernando Álvarez y el director de Derecho, Luis Eduardo Vieco, por cuanto en el escrito no se hace referencia concreta a la constitucionalidad del Acto Legislativo sino sobre la conveniencia de una reforma al sistema de Control Fiscal en Colombia.

3 Clara María González Zabala, secretaria jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Ángela María Bautista Pérez, delegada del Ministerio de Justicia y de Derecho, suscriben conjuntamente la intervención en el proceso a nombre de las dos entidades.

4 María Isabel Carrillo Hinojosa, jefe de la División Jurídica de la Cámara de Representantes.

5 Carlos Felipe Córdoba Larrarte, Contralor General de la República.

6 German Barco López, firma el escrito de intervención en calidad de Contralor

Departamental del Quindío y vicepresidente de la Junta Nacional de Contralores y en representación de esta.

7 Olga Lucia Zuluaga, obrando en calidad de Directora Ejecutiva y representante legal de la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospital Públicos -ACESI.

8 Pedro Alexander Rubio Sánchez, representante legal de la Asociación de Funcionarios de las Gerencias Departamentales y Nivel Central de la Contraloría General de la República - AFUNCGER.

9 Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Javier Enrique Santander Díaz, director y coordinador, respectivamente, del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá.

10 Floralba Padrón Pardo y Héctor Santaella Quintero, docentes investigadores de los Departamentos de Derecho Constitucional y Derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

11 Jorge Enrique Ibáñez Najar, director del Departamento de Derecho Público y del Grupo CREAR de la Universidad Sergio Arboleda.

12 Jorge Alberto Gaitán Martínez, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Manuel Alberto Restrepo Medina, director de la Escuela Doctoral de Derecho de la misma universidad.

13 Leonardo Alfredo Enríquez Martínez, decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

14 Olga Lucia Rodríguez Mosos, representante legal de Movimiento de Acción y Oportunidad para la Equidad de Género y Nuevas Masculinidades -MAYO.

15 Jorge Edgar Araque Aldana presidente y representante legal Sinaltrase.

16 Contrario sensu, aclararon que el control fiscal posterior no fue establecido como un eje axial ni como una de las dimensiones especiales del principio constitucional de la separación de poderes. Algunos intervinientes sostuvieron que el modelo de control fiscal es una

herramienta flexible para llevar a cabo el principio de equilibrio de poderes, pero como tal, puede ser adecuada por el legislador en su papel de constituyente secundario.

17 Carlos Abel Saavedra Zafra, presidente de la Asociación sindical de trabajadores de los Órganos de Control Público Judicial -ASCONTROL.

18 Blanca Ramírez de Salazar, presidenta de la Asociación de Servidores Públicos de los Órganos de Control de Colombia -ASDECCOL.

19 Fulton Pua Rosado, representante legal de la Unión Nacional Independiente de Trabajadores en Organismo de Control -UNIOS.

20 Hernando Medina, presidente de la Comisión Nacional del Control Fiscal Público de Colombia.

21 “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”.

22 Gaceta 153 de 2019 (publicación del proyecto con la exposición de motivos; primera vuelta: gacetas 195, 207, 519, 245, 260, 647, 330 y 507 de 2019; segunda vuelta: gacetas 676, 749, 742, 743, 769 y 892 de 2019).

23 En todo caso, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que no son requisitos adicionales a los que se desprenden del Decreto 2067 de 1991 sino del reconocimiento de que una acusación por el desbordamiento de la competencia del Congreso para reformar la Carta plantea problemas particulares y suscita desafíos argumentativos especiales (sentencia C-373 de 2016).

24 El accionante construye sus argumentos sobre el alcance de este modelo teniendo en consideración el inciso 4° del artículo 267 y los numerales 16 y 17 del artículo 268 de la Constitución Política, tal como fueron reformados por el Acto Legislativo 04 de 2019.

25 Para fundamentar su argumento hizo alusión a los artículos 119, 267, 269 y 270.

26 En la sentencia C-1040 de 2005 se indicó: “En atención a esas dificultades teóricas, imponer al ciudadano una obligación de argumentación exhaustiva sobre la existencia del eje o una demostración concluyente del carácter irreconocible de la Constitución después de la reforma, desconoce el carácter público de la acción. En esa dirección, la Corte ha reconocido que es a ella a la que le corresponde asumir la carga argumentativa necesaria para adelantar el juicio, lo que es consistente con su función de intérprete autorizado de la Constitución”.

27 Folio 26 del escrito de demanda.

28 Folios 34 a 46 del escrito de demanda.

29 Sentencia C-861 de 2008.

30 En términos de esta Corte: “tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable. En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable: así, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente (...)”.

31 Ver sentencia C-551 de 2003.

32 Cfr., sentencia C-332 de 2017.

33 Sentencia C-577 de 2014.

35 Cfr., sentencias C-285 de 2016 y C-630 de 2017.

36 Al respecto esta Corte en la sentencia C-286 de 2015 señaló: “Es así como en la Asamblea Nacional Constituyente se entendió que, sin perjuicio de que la versión clásica del principio de separación de poderes debía ser reformulada y flexibilizada, pues la división rígida y absoluta entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial debía articularse con el surgimiento de nuevos roles estatales como los asociados a la fiscalización y a la

organización electoral, con el principio de colaboración armónica de poderes y con la existencia de un sistema de controles Inter orgánicos recíprocos, la separación de poderes debía obrar como un principio irradiador de todo el ordenamiento, y en especial, en la definición de toda la estructura y las bases del funcionamiento del Estado”.

37 Ver sentencia C-285 de 2016.

38 Sentencia C-970 de 2004.

39 Ver sentencia C-285 de 2016.

40 Cfr., sentencia C-101 de 2018.

41 Ídem.

42 Sentencia C-716 de 2002.

43 En la sentencia C-716 de 2002 esta Corporación efectuó un detallado recuento histórico sobre el control fiscal en Colombia.

44 Expedido con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República por la Ley 20 de 1975.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 5 de noviembre de 1979.

46 Al respecto en la sentencia C-103 de 2015, se destacaron las siguientes problemáticas del sistema vigente con la Constitución de 1886, así: “(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”.

47 Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

48 Sentencia C-103 de 2015.

49 El artículo 269 establece: “En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas”.

50 Artículo 268.12 superior.

51 En este punto se seguirán los lineamientos sentados en la sentencia C-101 de 2018.

52 Sentencia SU-620 de 1996.

53 Sentencia C-103 de 2015.

54 Sentencia C-623 de 1999.

55 Artículo 5 de la Ley 42 de 1993

56 Sentencia C-716 de 2002.

57 El artículo 69 del Decreto 403 de 2020 establece: “La advertencia procederá sobre los asuntos en curso que determine el Contralor General de la República donde se identifique un riesgo inminente de pérdida de recursos públicos y/o afectación negativa de bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública, con base en alguno de los siguientes criterios excepcionales: a) Trascendencia social. b) Alto impacto ambiental. c) Alta connotación económica”.

58 Publicados en la Gaceta del Congreso 153 del 2019.

59 En relación con este punto se indicó: “las exigencias sociales requieren la adaptación de las instituciones de control fiscal a las nuevas realidades de la administración de los recursos, que permitan mitigar las dificultades que actualmente se presentan para cumplir su objeto principal, esto es, la protección del recurso público en el marco de la lucha contra la corrupción. Con lo cual queda de presente que actualmente los mecanismos de control que tiene la Contraloría resultan insuficientes ya que no es posible vigilar de debida forma los

recursos públicos, así como evitar que los mismos sean destinados de indebida forma, lo cual ha llevado a concluir que el poder posterior y selectivo no es una garantía plena para salvaguardar los recursos del Estado. Por lo cual en la exposición de motivos se menciona que “se propone fortalecer a las Contralorías en su rol de auditoría, retroalimentado y revitalizado por el nuevo modelo preventivo y concomitante, conservando la posterioridad del control en aras de la evaluación de gestión y resultados. El actual modelo de control fiscal se sustenta en la posteridad y selectividad, esto quiere decir que los actos de la gestión fiscal ya han sido ejecutados y que no opera sobre cualquier acto de la administración sino sobre algunos que se consideren. Esto genera un problema en el control fiscal porque al ya ser ejecutado por la administración los recursos públicos, en caso de indebida destinación de los recursos, esto ya habría generado una grave afectación y la posibilidad de recuperación de los mismos no sería muy efectiva, tal y como se puede reseñar en graves casos de corrupción. En ese sentido, debemos llamar la atención que con la introducción del nuevo parámetro de control “preventivo y concomitante”, la ciudadanía jugará un papel protagónico en la prevención del daño, a través de las distintas modalidades de intervención de control fiscal participativo, lo que activará de manera significativa el control micro, con miras no necesariamente a que se inicien las acciones tendientes al resarcimiento al patrimonio, sino a que se evite la configuración y materialización del daño, resultados que se verán reflejados cuantitativamente en los denominados beneficios de auditoría y en factores de medición de las entidades públicas”. Gaceta del Congreso N° 195 de 2019, Pág. 19.

60 Gaceta del Congreso N° 195 de 2019, pág. 20.

61 *Ibíd.*

62 El principio de separación de poderes en su dimensión de separación funcional no queda totalmente sustituido porque no afecta la división de funciones de las tres ramas principales del poder público, sin que las funciones judicial o legislativa puedan verse afectadas. Pero la concentración de poder administrativo en un órgano de control genera un desequilibrio del poder, que sustituye una parte importante del principio, haciendo irreconocible el modelo constitucional fijado por el constituyente primario.

63 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

64 El accionante construye sus argumentos sobre el alcance de este modelo teniendo en

consideración el inciso 4° del artículo 267 y los numeral 16 y 17 del artículo 268 de la Constitución Política, tal como fueron reformados por el Acto Legislativo 04 de 2019.

65 Al respecto, reitero el salvamento a la sentencia C-285 de 2016, que se refiere específicamente al uso de la doctrina de la sustitución en asuntos de diseño institucional. También ver mis salvamentos y aclaraciones a las sentencias C-084 de 2016; C-261 de 2016; C-699 de 2016, y a la sentencia C-332 de 2017.