

Sentencia C-198/20

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos respecto de exequibilidad

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración por existencia de identidad normativa y de cargos

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Características/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Metodología

JUICIO DE SUSTITUCION-Exigencias para la construcción de la premisa mayor/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Efectos de la cosa juzgada constitucional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Configuración de cosa juzgada constitucional

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia constitucional

CONTROL FISCAL-Características

CONTROL FISCAL-Complementario/CONTROL FISCAL EXCEPCIONAL-Alcance

CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Finalidad

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

Dado que en la Sentencia C-140 de 2020 se declaró la exequibilidad de las normas que son objeto de la presente demanda, la Corte Constitucional, luego de analizar el cargo de sustitución de la Constitución que ahora se presenta, que es el mismo que ya fue analizado en esa sentencia, concluye que se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y, en consecuencia, declarará estarse a lo resuelto en dicha sentencia.

Referencia: Expediente D-13599

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y el tercer inciso 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”

Demandantes:

Mauricio Pava Lugo y

Luis Alejandro Ramírez Álvarez

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y

conforme a los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Por medio de Auto del cinco de diciembre de 2019, el magistrado sustanciador resolvió admitir la demanda contra las normas previstas en los incisos segundo, salvo la expresión: “El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva,” y tercero del artículo 1º y en el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019. En este mismo auto se dispuso fijar en lista las normas acusadas, hacer las comunicaciones previstas en los artículos 11 y 13 del Decreto 2067 de 1991, y dar traslado al Procurador General de la Nación, para que rindiese el concepto a su cargo.

En la Secretaría General de este tribunal se recibieron, en orden cronológico, las siguientes intervenciones: 1) la del ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo, 2) la del ciudadano Gustavo Enrique Morales Cobo, 3) la del ciudadano Yefferson Mauricio Dueñas Gómez, 4) la de la Universidad Mariana, 5) la de la Contraloría General de la República, 6) la de la Presidencia de la República y del Ministerio de Justicia y del Derecho, 7) la de la Asociación de Funcionarios de las Gerencias Departamentales y Nivel Central de la Contraloría General de la República, 8) la del Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio del Estado en los Órganos de Control y Vigilancia y en sus Entidades Vigiladas, 9) la de la Universidad Libre de Bogotá, 10) la del ciudadano José Francisco Zúñiga Cotes, 11) la de la Universidad Externado de Colombia, 12) la de la Universidad del Rosario, 13) la de la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos, 14) la de la Universidad Sergio Arboleda, 15) la de la Asociación Sindical de Trabajadores de la Contraloría General de la República y 16) la de la Comisión Nacional de Control Fiscal Público de Colombia. También se recibió el Concepto 6709 del 19 de febrero de 2020, rendido por el Procurador General de la Nación.

Estando el proceso dentro del término para registrar proyecto de fallo, sobrevino la suspensión de términos en razón del COVID-19, dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura. Según lo previsto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 469 del 23 de marzo de 2020, la Sala Plena de este tribunal podrá levantar la suspensión de términos, cuando fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones. En este contexto, la Sala Plena dictó el Auto 121 de 2020, en cuyo ordinal segundo dispuso que es competencia de esta Sala levantar la suspensión de términos judiciales en asuntos sometidos a su consideración, como lo hace ahora en este proceso.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de los artículos 1º y 2º del Acto Legislativo 4 de 2019, y se destacan en subrayas las expresiones que son objeto de la demanda, según aparece publicado en el Diario Oficial 51.080 del 18 de septiembre de 2019:

“ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019

(septiembre 18)

Diario Oficial No. 51.080 de 18 de septiembre de 2019

“Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

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.
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.”

III. DEMANDA, INTERVENCIONES Y CONCEPTO DE LA VISTA FISCAL

A partir del análisis del sentido y alcance de la demanda, se procederá a sintetizar las dieciséis intervenciones recibidas, las cuales se organizarán en cinco grupos, a saber: 1) la que pide que se dicte un fallo inhibitorio: Universidad Libre; 2) las que solicitan, de manera principal, un fallo inhibitorio y, de manera subsidiaria, una declaración de exequibilidad: Contraloría General de la República, Asociación de Funcionarios de las Gerencias Departamentales y Nivel Central de la Contraloría General de la República, Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio del Estado en los Órganos de Control y Vigilancia y en sus Entidades Vigiladas, Universidad del Rosario y Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos; 3) las que defienden la constitucionalidad de las normas demandadas: Universidad Mariana, Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, ciudadano José Francisco Zúñiga Cotes, Universidad Sergio Arboleda y Asociación Sindical de Trabajadores de la Contraloría General de la República; 4) la que depreca una declaración de constitucionalidad condicionada: Universidad Externado de Colombia; y 5) las que coadyuvan la demanda e instan a declarar la inexecutable de las normas demandadas: ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo, ciudadano Gustavo Enrique Morales Cobo, ciudadano Yefferson Mauricio Dueñas Gómez y Comisión Nacional de Control Fiscal Público de Colombia. Cumplida esta tarea se presentará el concepto rendido por el Procurador General de la Nación.

3.1. La demanda

La demanda sostiene que, al expedir las normas demandadas, el Congreso desbordó su competencia para reformar la Constitución. Para soportar este aserto, valiéndose de la metodología del juicio de sustitución de la Constitución, destaca los siguientes elementos: 1) como premisa mayor enuncia “el modelo de control fiscal posterior y selectivo, como garantía del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contra pesos dispuesto por la Constitución de 1991”; 2) como premisa menor destaca que “el Acto Legislativo 04 de 2019 habilita a la Contraloría para que, además de las facultades ya asignadas, pueda ejercer control fiscal preventivo y concomitante a través de la función de advertencia, con lo cual se le permite incidir en el ejercicio de la función administrativa y eliminar su autonomía mediante un acto que no tiene control; 3) como juicio de sustitución pretende mostrar una incompatibilidad sustancial entre las dos premisas anteriores, dado que “la inclusión del control fiscal preventivo y concomitante a través de la función de advertencia, adicional a todas las facultades que ya tiene la Contraloría, desconoce el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos de la Constitución de 1991 porque implica la suplantación de funciones administrativas, la eliminación de la autonomía en su ejercicio y la creación de acto sin control”.

Para enunciar la premisa mayor, el actor sigue la metodología prevista en la Sentencia C-1040 de 2005. En desarrollo de esta metodología: 1) enuncia como elemento esencial y definitorio de la identidad de la Constitución el principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos; 2) señala los artículos 1, 6, 113, 121, 122, para dar cuenta

de las especificidades de este elemento; 3) para argumentar acerca de la condición de elemento esencial y definitorio de la identidad de la Constitución, trae a cuento las Sentencias C-971 de 2004, C-141 de 2010, C-288 de 2012, C-285 de 2016, en las cuales se reconoce al elemento enunciado como esencial y definitorio de la identidad de la Constitución; 4) sostiene que este elemento no es reductible a un artículo de la Constitución, precisamente, por su múltiple fundamento normativo; y 5) en las condiciones expuestas, este elemento no implica fijar límites intocables al poder de reforma.

A partir de análisis del régimen constitucional de la CGR y de las autoridades administrativas, dentro del cual ocupa un lugar preferente el recuento de lo acaecido en la Asamblea Nacional Constituyente; de las precisiones hechas por la Corte Constitucional, y de la distinción entre el control interno y el control posterior y selectivo, a cargo de la CGR, la demanda enuncia la premisa menor, en los siguientes términos: “En este caso la premisa menor está compuesta por: i) la reavivación de la posibilidad de que el control fiscal interfiera con el ejercicio de la función administrativa mediante el control preventivo y concomitante; ii) que dicha facultad se le suma a todas las que ya acumula la Contraloría; y iii) que su ejercicio se hace mediante un acto que carece de control por parte de otros entes”.

Así enunciadas las premisas, la demanda hace el juicio de sustitución y concluye señalando la incompatibilidad sustancial de las mismas, pues la premisa menor “implica la suplantación de funciones administrativas, la eliminación de la autonomía en su ejercicio y la creación de acto sin control”.

3.2. Las intervenciones

3.2.1. Intervención que pide que se dicte un fallo inhibitorio

En su concepto técnico, la Universidad Libre considera que los argumentos de la demanda “son muy subjetivos”. Luego de describir los presupuestos que debe satisfacer una demanda por sustitución de la Constitución, destaca que tanto el actor como otros intervinientes “vuelven el debate de sustitución constitucional en un control de fondo de la reforma obviando las reglas jurisprudenciales para controlar un límite competencial de la constitución”. En concreto, advierte que no se enuncia bien la premisa mayor, pues a su juicio no se identifica con claridad el elemento axial sustituido. A renglón seguido, luego de reconocer como eje el principio de separación de poderes, se sostiene que este principio debe interpretarse a la luz de la colaboración armónica, lo que lo hace flexible. Así, pues, la reforma sí puede modificar el control fiscal, como en efecto lo hace, sin que ello sea incompatible con dicho principio. Por último, destaca que no es posible hablar de coadministración cuando la propia reforma lo prohíbe, ni confundir el control preventivo y concomitante con el control previo.

3.2.2. Intervenciones que solicitan, de manera principal, un fallo inhibitorio y, de manera subsidiaria, una declaración de exequibilidad

3.2.2.1. La Contraloría General de la República considera que la demanda no satisface los requisitos para adelantar un juicio de inconstitucionalidad, en especial los de certeza, pertinencia y suficiencia en su argumentación. A esto se agrega que las sentencias citadas en la demanda son inadecuadas, pues se refieren a control de constitucionalidad de leyes y,

por último, la demanda “trata de inducir a la realización abusiva del juicio de sustitución de la Constitución, lo cual no merece amparo jurídico”. Y si se decidiera que hay lugar a un pronunciamiento de fondo, el interviniente argumenta que: 1) las normas demandadas no sustituyen el principio de separación de poderes, sino que lo refuerzan, pues no impiden a las entidades desempeñar sus tareas “sin injerencia del órgano de control fiscal, pero con un buen sistema de vigilancia y control” y, dadas sus características de excepcionalidad, carencia de fuerza vinculante, exclusión de criterios de conveniencia, resultado de advertencia, competencia exclusiva del Contralor General y limitación por materias, no pueden tenerse como coadministración; 2) el control regulado en las normas demandadas existe en varios países, sin que se entienda que afecta el principio de separación de poderes; 3) el control fiscal posterior y selectivo no es un eje definitorio de la identidad de la Constitución.

3.2.2.2. La Asociación de Funcionarios de las Gerencias Departamentales y Nivel Central de la Contraloría General de la República se centra en dos cometidos: 1) argumentar que los cargos presentados en la demanda “carecen de fundamento para adelantar juicio de inconstitucionalidad”; 2) mostrar las características del control preventivo y concomitante. En cuanto a lo primero, destaca que la demanda confunde el control preventivo y concomitante con un control previo, en una mixtura que induce a error, pese a que tanto el acto legislativo como la exposición de motivos del proyecto presentado a consideración del Congreso establecen claras diferencias y, sobre todo, advierten que este control no puede implicar coadministración. Por ello, considera que no es posible siquiera que, con esta advertencia, se pueda tener por vulnerado el principio de separación de poderes. En cuanto a lo segundo, el control concomitante y preventivo no puede entenderse como coadministración, pues no es sobre la conveniencia de las decisiones ni tiene carácter vinculante. Este control busca defender y proteger el patrimonio público, por medio del seguimiento de los ciclos, uso, ejecución e impacto de los recursos. Al no ser vinculante y, por ende, no implicar coadministración, este control no sustituye ningún eje definitorio de la identidad de la Carta y, por tanto, incluso si el tribunal decide pronunciarse de fondo, debe concluir que las normas demandadas son exequibles.

3.2.2.3. El Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio del Estado en los Órganos de Control y Vigilancia y en sus Entidades Vigiladas solicita una decisión inhibitoria, porque la demanda no satisface las cargas que le son exigibles, en especial las de pertinencia y suficiencia en su argumentación. A su juicio, lo que en realidad preocupa a los actores no son las normas demandadas, sino sus desarrollos legales, lo que les conduce a dar una interpretación errónea a las primeras. Esto ocurre porque, al no atender la exposición de motivos del proyecto, ni el texto mismo del acto legislativo, se confunde el control preventivo y concomitante con lo que en su momento se denominó control de advertencia. Si se llegase a considerar que la demanda amerita un pronunciamiento de fondo, se destaca que no está probado, ni se demuestra, que el principio de separación de poderes se afecte por modificar el control fiscal posterior y selectivo, y que el control preventivo y concomitante, que difiere del control previo, implique coadministración.

3.2.2.4. En su concepto técnico, la Universidad del Rosario, luego de enlistar los elementos esenciales y definitorios de la Constitución hasta ahora reconocidos por la Corte Constitucional, manifiesta que el modelo de control fiscal no es uno de ellos. Por tanto,

considera que no es posible plantear un juicio de sustitución de la Constitución. Si bien le parece inaceptable sostener que el control posterior y selectivo haga parte del principio de separación de poderes, en gracia de discusión, si fuese aceptable, de todos modos, encuentra que “las funciones atribuidas a los organismos de control desde el propio texto constitucional, en atención a sus objetivos misionales, están claramente diferenciadas de aquellas que son propias de los órganos vigilados por ellas.” Así, pues, siendo el modo de ejercer el control un asunto adjetivo a la función fiscalizadora, concluye que “no hay nada que impida que la función de control, en adición a las atribuciones concretas que para su ejercicio le ha atribuido el régimen constitucional, pueda ser revestida de una atribución adicional de carácter preventivo, sin que la misma constituya una intromisión indebida en el ejercicio de la función administrativa, como ya existe para el control ejercido por el ministerio público desde 2002”, en especial, si existen unos condicionamientos en la propia reforma que impiden que este control devenga en coadministración.

3.2.2.5. La Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos, además de adherirse a lo dicho por la Contraloría General de la República, sobre la ineptitud sustancial de la demanda, manifiesta que, de producirse una decisión de fondo, esta deberá ser la de declarar la constitucionalidad de las normas demandadas. Destaca que el nuevo control no implica coadministración y, de manera especial, advierte que en materia de los recursos de la salud este nuevo control es muy relevante, dado que en no pocos casos ha habido desviación de los mismos hacia particulares o a propósitos diferentes a los que les corresponden, como lo muestra la afectación al erario causada por la liquidación de diversas empresas públicas y privadas del sector y su impacto en las carteras de las clínicas y hospitales.

3.2.3. Intervenciones que defienden la constitucionalidad de las normas demandadas

3.2.3.1. En su concepto técnico, la Universidad Mariana, luego de aludir a los presupuestos del juicio de sustitución y a la Sentencia C-103 de 2015, que hace un recuento histórico del control fiscal, destaca que las normas demandadas no retoman un control previo, sino que se adaptan a la necesidad de ejercer un control acorde con los desafíos de la corrupción, capaz de brindar resultados efectivos y a tiempo. Esta adaptación, a su juicio, concreta el principio de coordinación y de colaboración armónica, sin que ello implique coadministración.

3.2.3.2. La Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho consideran que el control fiscal posterior y selectivo no es, en sí mismo, un elemento definitorio de la identidad de la Constitución. El afirmar que un cambio al mismo afecta el principio de separación de poderes, no es aceptable, en tanto que las normas demandadas no afectan las competencias de ninguna de las ramas del poder público ni de los demás órganos del Estado. Lo que hacen estas normas es modificar las competencias de gestión fiscal, al agregar una modalidad de control, sin llegar a incidir en las decisiones de la administración, dado que la advertencia que resulta de tal control no es vinculante. De ahí que no se pueda considerar este control como un poder de veto o como una necesaria autorización previa. Además, este control, que es excepcional, no implica prejuzgamiento en el proceso de responsabilidad fiscal, que se desarrolla en el contexto del control posterior y selectivo, pues su fin es evitar que ocurra un daño, no establecer la responsabilidad por el daño ya causado.

3.2.3.3. El ciudadano José Francisco Zúñiga Cotes destaca que la vigilancia de la gestión fiscal debe hacerse “en tiempo real, en forma técnica y oportuna”, para “exponer y reducir los riesgos que puedan menoscabar el patrimonio público”. En este contexto, el control preventivo y concomitante, no es una modalidad del control previo, sino un tipo de control que resulta adecuado a la evolución de la sociedad, en la que los actos de gestión administrativa son cada vez más complejos, como también lo son los actos de corrupción, y las tecnologías tienen mucho por aportar en estas materias.

3.2.3.4. En su concepto técnico, la Universidad Sergio Arboleda comienza por referirse al principio de separación de poderes en el contexto de la tradición jurídica colombiana, para lo cual se remonta hasta el origen de la república y se detallan, uno a uno, sus principales hitos. En este ejercicio, además de destacar las diversas teorías que dan cuenta de este principio, muestra, con base en el artículo 113 de la Carta, que además de los órganos que hacen parte de las ramas del poder público, existen otros, autónomos e independientes, los cuales colaboran armónicamente. En este contexto, a partir del principio de unidad del poder público debe hablarse de separación funcional o material entre los órganos y no de separación de poderes. Así analizada la demanda, no es posible que se viole un principio que ya no existe, a menos que se interprete en términos de separación funcional en el ejercicio del poder. Sobre esta base, al analizar la función de control fiscal como una función pública autónoma de carácter constitucional, sostiene que su ejercicio no viola ningún principio constitucional, sino que “desarrolla los esquemas de control que la Constitución establece”. Al tratarse de funciones diferentes: la de control fiscal y la administrativa, no cabe hablar de coadministración, menos aún frente a las características de la primera: excepcional, no vinculante y no relativa a la conveniencia. De esto no se sigue, a juicio del concepto técnico, que se reincorpore los “sistemas de control previo y preceptivo integrales”, analizados en la Sentencia C-103 de 2015.

3.2.3.5. La Asociación Sindical de Trabajadores de la Contraloría General de la República considera que la demanda no debe prosperar, pues el Congreso de la República no excedió sus competencias al dictar las normas demandadas. Para argumentar esta postura, comienza por distinguir entre el control preventivo y concomitante y el control previo, dado que el primero no implica la coadministración, lo que sí se sigue del segundo. Y esto es así, porque el control preventivo y concomitante es excepcional y no tiene carácter vinculante. Prosigue por destacar que el modo de ejercer el control fiscal no es un elemento definitorio de la identidad de la Constitución, ni el cambio introducido en éste tiene la capacidad de afectar el principio de separación de poderes, como no la tiene, por ejemplo, el que otros órganos autónomos como la Procuraduría General de la Nación puedan ejercer funciones preventivas.

En su concepto técnico, la Universidad Externado de Colombia solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas, bajo dos condiciones: 1) que “se entienda que 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 2) que “se entienda que 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 preventivamente fiscalizada”. La antedicha solicitud se funda en tres argumentos, a saber: 1) el control posterior y selectivo

no es un eje definitorio de la identidad de la Constitución y, por tanto, el constituyente derivado tiene competencia para modificarlo; 2) el principio de separación de poderes sí es un eje definitorio de la identidad de la Constitución y, en este contexto, la reforma constitucional puede limitar la autonomía administrativa, pero sin que se llegue a sustituir este eje; 3) esta limitación, que en efecto existe, debe examinarse, por medio de la ponderación, a partir de considerar que la reforma a la Constitución es “una respuesta plenamente justificada a la acuciante y angustiante realidad de la corrupción administrativa”. Los condicionamientos se fundan en que, si bien no se llega a sustituir un eje definitorio de la identidad de la Constitución, sí existe una afectación de la autonomía administrativa, que debe ser salvaguardada, sobre todo en el evento de que sea el mismo servidor de la contraloría el que ejerza el control preventivo y concomitante y el posterior y selectivo, lo que sería inadmisibles de cara a la imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa, y en el evento en que el no seguir, al apartarse razonadamente, la advertencia se pueda llegar a tener, en un proceso de responsabilidad fiscal, como una prueba del dolo en el proceder del gestor fiscal.

3.2.5. Intervenciones que coadyuvan la demanda e instan a declarar la inexecutable de las normas demandadas

3.2.5.1. El ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo considera que, dadas las competencias que tiene la Contraloría General de la República, “el funcionario o particular deberá acogerse a las advertencias que se deriven del control preventivo y concomitante”. Con este control, el poder de la contraloría se tornaría excesivo y, en caso de ejercerse respecto de particulares, como los concesionarios o como los prestadores de servicios públicos, podría afectar, además del principio de separación de poderes, la iniciativa privada y la libertad de empresa.

3.2.5.2. El ciudadano Gustavo Enrique Morales Cobo coadyuva la demanda. Para tal propósito, además de pedir que se proceda a la integración de la unidad normativa con la totalidad del acto legislativo, argumenta: 1) esta reforma a la Constitución obedece a la práctica del Congreso de la República de convertir en reformas constitucionales normas legales que han sido declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, dando lugar a una elusión constitucional; 2) la reforma impacta muy seriamente al sector privado, dada la indeterminación del criterio para establecer cuáles entes privados son objeto de vigilancia fiscal.

3.2.5.3. El ciudadano Yefferson Mauricio Dueñas Gómez coadyuva la demanda. Dado que la norma demandada es la misma que en su momento demandase en el Expediente D-13517, adjunta copia de dicha demanda como intervención. En dicha demanda advirtió que, pese a lo que dice la reforma, se generan graves interferencias a las competencias de las autoridades, lo que afecta el principio de separación de poderes. El que el control fiscal sea posterior y selectivo fue una decisión deliberada del constituyente de 1991, que tuvo como propósito el garantizar la independencia y autonomía de los órganos del poder. Esto es lo que se ha querido soslayar con el control previo, la función de advertencia o cualquier denominación “eufemística” que se le quiera dar, como la de control preventivo y concomitante. Así, pues, el control previsto en las normas demandadas es, a su juicio, “en esencia un control fiscal previo” y conlleva “una sensible interferencia de la Contraloría General de la República en la administración y funciones de otras entidades que manejan

recursos públicos, con lo cual se sustituye el principio de separación de poderes”.

3.2.5.4. La Comisión Nacional de Control Fiscal Público de Colombia, además de advertir con preocupación lo que denomina “manipulación de la clase política en la CGR”, considera que las normas demandadas sustituyen el principio de división de poderes, el principio de Estado Social de Derecho y quebrantan las bases de la descentralización política y administrativa. El control que se denomina preventivo y concomitante es, a su juicio, un control previo y tiene, como este lo tuvo, graves riesgos de corrupción.

3.3. Concepto del Procurador General de la Nación

Por medio del Concepto 6709, el Procurador General de la Nación solicita a este tribunal que declare estarse a lo resuelto en la sentencia que dicte en el Expediente D-13517. En este concepto reitera lo ya solicitado en el concepto anterior, en el sentido de que la Corte Constitucional debe inhibirse de pronunciarse sobre el cargo relativo al control fiscal posterior y selectivo y declare exequible las normas demandadas respecto del cargo relacionado con el principio de separación de poderes.

Luego de constatar que no se configura la caducidad de la acción, el Ministerio Público advierte que existe identidad entre los cargos que ahora son objeto de su análisis y los presentados en la demanda tramitada en el Expediente D-13517, pues se centran en los mismos supuestos vicios. Por ello, su solicitud es que este tribunal se esté a lo resuelto en el referido expediente.

La solicitud de inhibición se funda en la circunstancia de que “no existen elementos para deducir que este componente [en alusión al control posterior y selectivo] confiere tal identidad a la Carta Política que su eventual modificación constituya una sustitución constitucional”. Así, pues, si se pretende afirmar que el control posterior y selectivo puede emplearse, en sí mismo, como premisa mayor del juicio de sustitución, esta pretensión es inviable y, en consecuencia, no habría dicha premisa y, por ende, no sería posible adelantar el juicio y emitir un pronunciamiento de fondo.

La solicitud de declarar exequibles las normas demandadas, parte de reconocer que la demanda sí satisface los presupuestos de viabilidad del juicio de sustitución, pero que, en realidad, no existe dicha sustitución. Y esto es así, porque la función preventiva, que también ejerce la Procuraduría General de la Nación, no es una interferencia en las funciones de otro órgano, al punto de calificarse como coadministración, sino una manifestación del principio de colaboración armónica, que busca evitar, según se reconoce en la Sentencia C-977 de 2002, que otro órgano “incurra en una vulneración del ordenamiento jurídico o genere un detrimento patrimonial”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. Competencia

En virtud de lo previsto en el numeral 1 del artículo 241 del Texto Superior, esta Corporación es competente para conocer sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada contra las normas previstas en los incisos segundo, salvo la expresión: “El control fiscal se ejercerá en

forma posterior y selectiva,” y tercero del artículo 1º y en el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019.

4.2. Cuestiones previas

4.2.1. Presentación oportuna de la demanda

Dado que: 1) el Acto Legislativo 4 de 2019, fue publicado en el Diario Oficial 51.080 de 18 de septiembre de 2019, y 2) la demanda sub examine se presentó ante la secretaría general de este tribunal el 15 de noviembre de 2019, se puede concluir que, en este caso, no se configura el término de caducidad previsto en el inciso segundo del artículo 379 de la Constitución.

4.2.2. Configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional

Como lo advierte el Ministerio Público, es necesario revisar la decisión tomada en el trámite del Expediente D-13517, a modo de cuestión previa, para establecer si se configura o no el fenómeno de la cosa juzgada, pues de ser así, sería innecesario proseguir con el análisis, ya que habría necesidad de declarar estarse a lo resuelto en dicho expediente.

La demanda del Expediente D-13517 fue decidida por este tribunal en la Sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020, en la cual se hizo el siguiente pronunciamiento de fondo: “Declarar EXEQUIBLES las expresiones demandadas del artículo 1 y el numeral 13 del artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, por los cargos analizados en esta sentencia”.

Dado que la decisión adoptada fue de fondo, corresponde establecer si se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En vista de que la decisión de declarar exequibles las aludidas normas del Acto Legislativo 4 de 2019 fue por los cargos analizados en la sentencia, para establecer si se configura o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional debe examinarse si las normas demandadas en ambos procesos fueron las mismas y si en la referida sentencia se analizaron cargos iguales a los que se presentan en la demanda sub judice.

En cuanto a las normas demandadas, debe destacarse que en ambos procesos se demanda el inciso tercero del artículo 1º y el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019. Respecto del inciso segundo del artículo 1º de dicho acto legislativo, en el proceso anterior se demandó todo el inciso, salvo dos expresiones: “El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva” y “según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público”, y en el proceso sub judice se demandó todo el inciso, salvo la expresión: “El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva,”. Entre uno y otro proceso, en cuanto a las normas demandadas, sólo hay una diferencia que podría ser relevante: la relativa a la expresión “según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público”, del inciso segundo del artículo 1º del Acto Legislativo 4 de 2019, que no es objeto de demanda en este proceso. Tal diferencia, además de menor, en el contexto de la comparación de las normas demandadas en ambos procesos no es en realidad relevante, en tanto y en cuanto, todas las normas demandadas en este proceso lo fueron en el proceso anterior.

En cuanto a los cargos, dado que se está ante demandas contra un acto legislativo reformativo de la Constitución, es necesario considerar los elementos del juicio de sustitución y, en especial, lo relativo a la premisa mayor.

El juicio de sustitución de la Constitución implica una elaboración compleja, que comienza por identificar en la Constitución, a partir de un conjunto amplio de referentes normativos, un elemento que pueda considerarse como definitorio de la identidad de la Constitución y que se va a contrastar con el contenido del acto reformativo, para ver si este lo sustituye, por construirse a partir de supuestos incompatibles con aquel. Para este propósito, conforme a la metodología señalada por este tribunal, entre otras, en la Sentencia C-1040 de 2005, es necesario establecer una premisa mayor, a partir de su enunciación, de su vínculo con varios artículos de la Carta y de su rol como elemento axial de la misma, de tal suerte que se logre demostrar que este elemento no es reductible a un artículo de la Constitución.

Como puede verse, el establecer la premisa mayor del juicio de sustitución es una tarea compleja, que no siempre resulta exitosa, de la que depende en buena parte la aptitud sustancial de la demanda. Si la premisa mayor efectivamente corresponde a un principio definitorio de la identidad de la Constitución y, además, se cumplen los otros presupuestos necesarios para verificar la aptitud sustancial de la demanda, este tribunal debe pronunciarse de fondo. Así, pues, cuando en una sentencia se establece que no se ha producido la sustitución de la Constitución, a partir del análisis de la afectación a un eje axial de la misma, esta decisión es definitiva. Por ello, no procede emitir un nuevo pronunciamiento respecto de la sustitución de dicho principio, valga decir, no procede indagar sobre la existencia de diferencias argumentativas entre una demanda y otra, cuando ambas presentan como cargo la afectación del mismo eje axial.

En este contexto, se tiene que ambas demandas, la ya juzgada y la que ahora se analiza, afirman que el Congreso excedió su poder de reforma de la Constitución, en la medida en que, al dictar las normas demandadas, sustituye el principio de separación de poderes, que es un eje axial, definitorio de la identidad de la Constitución. Este principio se plantea en los dos procesos como la premisa mayor del juicio de sustitución. Además, en ambos casos se establece una relación entre este principio y el control posterior y selectivo, para ilustrar el ejercicio desbordado de la competencia del Congreso de la República para reformar la Constitución. Al analizar la afectación de este principio axial en la Sentencia C-140 de 2020, este tribunal concluyó que el modelo de control preventivo y concomitante no sustituye el principio de separación de poderes articulado con la configuración del control fiscal como posterior y selectivo, por lo que no cabe una nueva consideración de la materia.

En efecto, en la Sentencia C-140 de 2020, este tribunal se pronunció de manera explícita sobre el presunto exceso o desbordamiento de la competencia del Congreso, que habría sustituido el principio de separación y equilibrio de poderes, al dictar las normas demandadas. Al analizar este cargo, la Corte concluyó que tales normas no sustituyen la Constitución, en tanto y en cuanto, el novísimo sistema de control fiscal diseñado en ellas: preventivo y concomitante, pero no previo, no constituye per se una afectación del principio de separación de poderes, por cuanto en dichas normas hay unos límites, cautelas y prohibiciones aplicables al ejercicio de tal control, establecidos por el Acto Legislativo 4 de 2019.

Es la propia norma constitucional la que fija, como se acaba de advertir, los límites, cautelas y prohibiciones para el ejercicio del control fiscal preventivo y concomitante. Por ello, como ya lo destacó este tribunal en la Sentencia C-140 de 2020, no es posible referirse o considerar dicho control de manera aislada, valga decir, sin considerar su régimen constitucional, dentro de los cuales hay elementos objetivos que permiten descartar la eventual coadministración, que es, a juicio de la demanda, lo que llevaría a establecer la sustitución de la Constitución.

Para aproximarse a este régimen constitucional del control fiscal preventivo y concomitante, este tribunal debe destacar que su creación no implica la desaparición del control fiscal posterior y selectivo. Se trata, en realidad, de un control complementario, que opera de manera excepcional, pues la regla en materia de control fiscal sigue siendo la de que éste es posterior y selectivo.

Esta excepción tiene un régimen muy restringido, en la medida en que su ejercicio sólo corresponde al Contralor General de la República, en materias específicas, conforme a lo que disponga la ley. Respecto de esta ley, preciso es recordarlo, procede el control de constitucionalidad. Además, el control preventivo y concomitante no busca establecer la responsabilidad fiscal, cuestión que corresponde al control posterior y selectivo, sino que tiene un carácter preventivo y no vinculante. Se trata, como expresamente lo dice el numeral 13 del artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, de advertir al gestor fiscal sobre la existencia de un riesgo inminente, a fin de prevenir la ocurrencia de un daño.

El acto legislativo en comento no sólo señala, de manera expresa, que el control preventivo y concomitante no implica coadministración, sino que, además, precisa que no se trata de una evaluación de la conveniencia de las decisiones de los gestores fiscales. Al hacerse en tiempo real, a partir del seguimiento de variables relevantes para establecer riesgos, con el uso de tecnologías de la información y con participación activa del control social y de manera articulada con el control interno, el control preventivo y concomitante se centra en identificar la existencia de riesgos inminentes y, cuando así lo constata, se concreta en una advertencia no vinculante al gestor fiscal.

En el asunto sub iudice, como ya se anotó, se formula un cargo de sustitución de la Carta, relativo al principio de separación de poderes. Este principio se emplea, de manera explícita, como premisa mayor del juicio de sustitución. Al enunciar la premisa menor de este juicio, relativa a las normas demandadas, se plantea que el control preventivo y concomitante, en realidad, reaviva la posibilidad de que el control fiscal interfiera con el ejercicio de la función administrativa, al punto de eliminar la autonomía del gestor fiscal en dicho ejercicio.

En vista de las anteriores circunstancias, este tribunal encuentra que se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y, en consecuencia, debe declarar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-140 de 2020.

4.3. Síntesis

Dado que en la Sentencia C-140 de 2020 se declaró la exequibilidad de las normas que son objeto de la presente demanda, la Corte Constitucional, luego de analizar el cargo de sustitución de la Constitución que ahora se presenta, que es el mismo que ya fue analizado

en esa sentencia, concluye que se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y, en consecuencia, declarará estarse a lo resuelto en dicha sentencia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR, en el presente proceso, la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO.- Declarar ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-140 de 2020, que declaró “EXEQUIBLES las expresiones demandadas del artículo 1 y el numeral 13 del artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, por los cargos analizados en esta sentencia.”

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-198/20

REFORMA CONSTITUCIONAL-Constituyente derivado no puede actuar de manera omnímoda (Aclaración de voto)/SUSTITUCION PARCIAL DE LA CONSTITUCION-Prohibición (Aclaración de voto)

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Competencias (Aclaración de voto)

CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Sustitución parcial de la Constitución (Aclaración de voto)

Ref.: Expediente D-13599.

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:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Con el acostumbrado respeto a las decisiones adoptadas por la Sala Plena de esta Corporación y aunque en esta oportunidad debo apegarme a la decisión mayoritaria de estarse a lo resuelto en la sentencia C-140 de 2020, en acatamiento del principio de cosa juzgada constitucional, aclaro mi voto por cuanto, en su momento, me aparté de la decisión de asequibilidad de las normas acusadas del Acto Legislativo 4 de 2019 adoptada en la mencionada sentencia, toda vez que a mi juicio, el modelo previo y concomitante de control fiscal a cargo de la Contraloría General de la Republica 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, que supera la competencia de reforma en cabeza del legislador.

A continuación, expongo las razones por las cuales me aparté de la decisión que sirve de precedente para la Sentencia C-198 de 2020.

Al igual que en el presente asunto, en el escrito con radicado D-13517 el demandante acusó una serie de expresiones de los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 04 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 defensorio de la constitución de división de poderes y el control fiscal posterior. En ese sentido, el examen de la norma debe realizarse a través del denominado juicio de sustitución que esta Corte ha desarrollado en su jurisprudencia.

A través del examen de la norma demandada es posible concluir, como PREMISA MAYOR del juicio de sustitución, que el diseño constitucional de la estructura del Estado y separación de poderes exige que el ejercicio del control fiscal a cargo de la Contraloría General solo puede realizarse sobre los resultados de la gestión de forma que no pueda interferir en la toma de decisiones ni pueda obstaculizar las funciones que son propias de la administración.

En ese sentido, se constata que una reforma constitucional que imponga un modelo de control fiscal que permita la intervención del órgano de control en momentos o estadios anteriores a la ejecución presupuestal o al perfeccionamiento de los contratos y que faculte a la Contraloría a incidir sobre las decisiones y el ejercicio de las funciones que son propias del órgano controlado implica una sustitución del principio de separación de poderes tal como fue entendido por la Asamblea Nacional Constituyente, y puede afectar igualmente el principio democrático cuando se trata de la intromisión en decisiones que tienen el respaldo del voto popular, en consecuencia, constituye una sustitución parcial de la Constitución Política de 1991.

Se constata también que a través de una larga y reiterada línea jurisprudencial la Corte Constitucional ha guardado celosamente la figura del control posterior y selectivo, por considerar que la prohibición de coadministración que es la base de dicho modelo resguarda la separación de poderes y el equilibrio entre ellos. Puntualmente la Corte Constitucional ha considerado que la función de advertencia en cabeza de la Contraloría General de la República constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que establecen el carácter posterior del control fiscal y la prohibición de la coadministración.

A partir de esos elementos, del análisis de las expresiones demandadas del Acto Legislativo 04 de 2019, se concluye como PREMISA MENOR de este juicio, que el modelo de control fiscal concomitante y preventivo se ejerce de modo previo a la ejecución de las decisiones tomadas por el gestor fiscal sobre los recursos propios de la entidad. Este modelo no se activa a partir de un criterio objetivo y verificable como surge con el daño en el control posterior y selectivo, sino que se fundamenta en la existencia de un “riesgo inminente”, cuya ambigüedad e indeterminación dejan un amplio ámbito de subjetividad para evaluar la necesidad de intervenir en los procesos de gestión fiscal.

En ese marco, 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”.

De dichas premisas la conclusión lógica que resulta es 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.

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, cuando se permite que un órgano de control pueda intervenir en las decisiones que son propias de cada autoridad.

Por lo tanto, las expresiones demandadas del Acto Legislativo 04 de 2019, que consagran el control previo y concomitante, y la función de advertencia para su implementación, debieron ser declaradas inexecutable.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada