

Bogotá, veintidós (22) de marzo de 2023.

Señores

CORTE CONSTITUCIONAL

Ciudad

E.S.D.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, *“Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones”*

Respetuoso saludo,

ISDUAR JAVIER TOBO RODRÍGUEZ, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá D.C., de nacionalidad colombiana e identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.453.074, **obrando como ciudadano** y en mi condición de Representante Judicial de La Nación- Contraloría General de la República (CGR)- Director de la Oficina Jurídica, como lo acreditan la Resolución Organizacional No. 0284 del 24 de agosto de 2015 y la certificación de ejercicio del cargo que desempeño, presento demanda de inconstitucionalidad contra los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo 113 de la Ley 2220 del 30 de junio 2022, *“Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones”*, por violación de los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política.

Respetuosamente les solicito admitir y dar trámite a este escrito de demanda, siguiendo para ello lo estipulado en la Constitución Política, como también a lo dispuesto en el Decreto 2067 de 1991 y demás normas concordantes.

El contenido de la presente demanda está estructurado, atendiendo a lo previsto en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991¹, de la siguiente manera:

PRIMERA PARTE: LA DEMANDA

- 1.- Señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales.
- 2.- Normas constitucionales infringidas.

SEGUNDA PARTE: CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- 1.- Razones por las cuales las normas constitucionales se estiman violadas.
- 2.- La forma en la que es quebrantada la norma superior.
- 3.- Petición de suspensión provisional de los textos acusados.
- 4.- Pretensiones de inexecuibilidad.

TERCERA PARTE: COMPETENCIA

- 1.- Competencia de la Corte Constitucional.
- 2.- Anexos.
- 3.- Notificaciones.

I. PRIMERA PARTE: LA DEMANDA

1.- Norma demandada

La demanda está dirigida contra los incisos que se resaltan y subrayan del artículo 113 de la Ley 2220 del 30 de junio de 2022². Para el cumplimiento de

¹ “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la corte constitucional”.

² “Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones”

esta condición transcribiré el texto normativo considerado inconstitucional por violación de los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Carta Política de 1991.

LEY 2220 DE 2022

(junio 30)

Diario Oficial No. 52.081 de 30 de junio de 2022

<Rige a partir del 30 de diciembre de 2022>

PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA

Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“(…)

ARTÍCULO 113. APROBACIÓN JUDICIAL. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de acuerdo total o parcial de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación y a la Contraloría General de la República para que conceptúe ante el juez de conocimiento sobre si la conciliación afecta o no el patrimonio público, para lo cual tendrá un término de 30 días contados a partir de la recepción del acuerdo conciliatorio.

El concepto de la Contraloría será obligatorio en aquellos casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales.

El juez competente al asumir el conocimiento del trámite conciliatorio informará a la Contraloría respectiva sobre despacho judicial a cargo del trámite.

La decisión de aprobación o improbación judicial deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses siguientes **a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar.** El plazo que tiene el juez para adoptar la decisión podrá prorrogarse por una única vez hasta por dos (2) meses adicionales para la práctica de pruebas, en caso de resultar necesario.

Los términos aquí establecidos son perentorios e improrrogables.

La providencia que decida sobre el acuerdo conciliatorio deberá ser notificada a las partes y al agente del Ministerio Público que adelantó la conciliación extrajudicial y **a la contraloría** quienes podrán interponer el recurso de apelación contra el auto que apruebe o impruebe la conciliación.

No podrá realizarse aprobación parcial de los acuerdos conciliatorios, salvo aceptación expresa de las partes.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

El acta de acuerdo conciliatorio total o parcial adelantado ante el agente del Ministerio Público y el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada. (...)"

2.- Normas superiores infringidas

La disposición parcialmente demandada vulnera los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Carta Política de 1991, citados a continuación:

“ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, **autónomos e independientes**, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

ARTICULO 117. El Ministerio Público y la **Contraloría General de la República son órganos de control.**

ARTICULO 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

ARTICULO 267. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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 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. (...)"

ARTÍCULO 268. ARTICULO 268. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> **El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:**

"(...)

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. (...)"

II. SEGUNDA PARTE: CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1.- Razones por las cuales las normas superiores se estiman violadas:

En este capítulo serán expuestas las razones por las cuales las expresiones contenidas en el artículo 113 de la Ley 2220 de 2022 vulneran los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Carta, explicando, en primer lugar, una síntesis del concepto que, según la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, debe ser (i) claro, (ii) específico, (iii) pertinente y (iv) suficiente.

Claridad: Con la lectura integral de la presente demanda resultará evidente que las expresiones acusadas del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, "*Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones*", desconocen lo dispuesto en los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política, por lo siguiente:

El artículo 3º de la Ley 2220 de 2022, por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones, define la conciliación como un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas

gestionan por sí mismas la solución de las diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador.

En materia administrativa el inciso primero del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, prevé que el Agente del Ministerio Público remitirá dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia, el acta de acuerdo total o parcial de conciliación, al juez o corporación competente para su aprobación. El Ministerio Público también lo deberá enviar a la Contraloría General de la República para que conceptúe ante el juez sobre si la conciliación afecta o no el patrimonio público, para lo cual tendrá un término de treinta días.

El inciso segundo del artículo 133 de la citada ley impone a la Contraloría General de la República la obligación de conceptuar en aquellos casos en los que la cuantía resulte superior a 5000 salarios mínimos legales mensuales. Esta obligación contradice lo dispuesto en el artículo 267 superior, según el cual la regulación del ejercicio del control preventivo y concomitante corresponde exclusivamente al Contralor General de la República, por ser esta una atribución consustancial a la autonomía que el constituyente reconoció en favor de la Contraloría General de la República.

El inciso cuarto del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, dispone que la decisión de aprobación o improbación judicial por parte del juez, deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar, suspendiendo y condicionando de esta manera la actividad judicial a la espera del concepto que emita la Contraloría General de la República sobre el asunto particular, regresando con ello al control previo que establecía la Constitución Política de 1886 y que fue abolido por el constituyente de 1991.

Los incisos sexto y décimo del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, prevén que la providencia que decida sobre el acuerdo conciliatorio deberá ser notificada a la Contraloría, quien podrá interponer el recurso de apelación contra la decisión,

contrariando la estructura de competencias fijadas en la Constitución Política de 1991 para la Contraloría General de la República en el artículo 119, vulnerando la prohibición de coadministración que establece el artículo 267.

Certeza: La demanda recae sobre una proposición real y vigente, esto es, disposiciones contenidas en el artículo 113 de la Ley 2220 del 30 de junio de 2022. Teniendo en cuenta el artículo 145 ibidem, su entrada en vigencia tuvo lugar el 30 de diciembre de 2022³. De igual manera, de la lectura del texto acusado se puede deducir de manera cierta (i) la obligación impuesta a la Contraloría General de la República de conceptuar en casos superiores a 5000 SMLMV, lo cual vulnera el núcleo esencial de autonomía constitucionalmente reconocido al organismo de control, (ii) la sujeción de la decisión del juez a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar, contrariando el principio de separación de poderes, y suspendiendo la actividad judicial, convirtiendo a la Contraloría en coadministrador, por cuanto sin su concepto no se podrán liberar los recursos acordados entre las partes en el acuerdo conciliatorio, (iii) la providencia que decida el acuerdo conciliatorio deberá ser notificada a la Contraloría, quien podrá presentar recurso de apelación contra la decisión. Por tanto, no se trata de proposiciones inexistentes sino ciertas y verificables.

Pertinencia: El examen que aquí se propone es de naturaleza constitucional, pues trata de textos infra constitucionales que vulneran lo establecido en los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Carta Política. Como se estudiará, las disposiciones acusadas del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, transgreden la autonomía con que cuenta el Contralor General de la República para el ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo, la independencia de los órganos de control y el principio de separación poderes.

³ **ARTÍCULO 145. Vigencia.** Esta ley rige íntegramente la materia de conciliación y entra en vigencia seis (6) meses después de su promulgación.

Suficiencia: Para cumplir con este presupuesto, analizaremos (i) La independencia y autonomía de los órganos del Estado como expresión del principio de separación de poderes, (ii) El control preventivo y concomitante en cabeza del Contralor General de la República, (iii) El control previo que se establecía en la Constitución de 1886 y, (iv) los cargos formulados contra las disposiciones aquí acusadas.

Aclarado lo anterior, los problemas jurídicos que propongo a la Honorable Corte Constitucional abordar son los siguientes:

- Al imponer a la Contraloría General de la República el deber de conceptuar en los casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales ¿desconoce el legislador que el ejercicio del control preventivo y concomitante corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas?
- Al establecer que “la decisión de aprobación o improbación judicial deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar (...)” ¿viola el legislador el núcleo esencial de autonomía del organismo de control y el principio de separación de poderes, porque condiciona el plazo de la decisión al concepto que emita la Contraloría?
- Al establecer que “la decisión de aprobación o improbación judicial deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar (...)” ¿Revive el legislador el control previo que establecía la Constitución de 1886, porque suspende y sujeta la actividad judicial hasta tanto venza el término para emitir el concepto el organismo de control fiscal?
- Al determinar que “la providencia que decida sobre el acuerdo conciliatorio deberá ser notificada (...) y a la contraloría quienes podrán interponer el recurso de apelación contra el auto que apruebe o impruebe la conciliación” ¿viola el legislador el núcleo esencial de autonomía del

organismo de control, porque modifica la estructura de competencias prevista para la Contraloría por el Constituyente?

Para desarrollar mi respuesta afirmativa a los problemas jurídicos planteados de manera suficiente, iniciaremos examinando la independencia y autonomía de los órganos del Estado como expresión del principio de separación de poderes.

La independencia y autonomía de los órganos del Estado como expresión del principio de separación de poderes.

Entre los pilares esenciales de la Constitución Política de 1991 se encuentra el principio de separación de poderes, que otorga identidad al texto constitucional y sobre el cual están cimentadas muchas de las normas contenidas en la Carta; es así como el artículo 121 superior impone una prohibición expresa a las autoridades del Estado para ejercer funciones diferentes a las establecidas en la Constitución y en la ley.

La autonomía e independencia de los órganos del Estado materializa, a su vez, el principio de separación de poderes previsto en el artículo 113 superior, el cual determinó como Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. La Constitución actual también admite que existen otros órganos autónomos que se mencionan en el artículo 117 ibidem, tales como el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, quien, de conformidad con lo previsto en el artículo 119, *tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.*

Para la Corte Constitucional estos órganos denominados autónomos e independientes tienen funciones que *no pueden ni deben ser encajadas dentro de la división clásica en tres ramas del poder*, así lo expresó en la Sentencia C-189 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La anterior afirmación tiene asidero en uno de los informes de ponencia sobre “la estructura del Estado” presentado en la Asamblea Nacional de 1991; allí el constituyente reconoció que la estructura real del Estado moderno iba más allá de la división tripartita de poderes porque, en sus palabras, *“hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres ramas del poder público, sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas y distintas”*. Así, la función fiscalizadora no se podría encuadrar ni como encaminada a producir una ley, ni dentro de la rama que se encarga de ejecutarla ni a la que le corresponde aplicarla judicialmente. Por tanto, una característica esencial de esta función y de los organismos encargados de realizarla, es tener autonomía frente a las demás funciones, órganos y ramas del poder público, sin que implique que deje de colaborar armónicamente para desarrollar los fines del Estado⁴.

En la ponencia referida se advirtió, además, que la función fiscalizadora en el campo financiero por parte de la Contraloría General de la República *“no es desde luego una toma de decisiones de la administración sobre el manejo de la gestión fiscal, no se trata de una actividad administrativa que culmina con un acto de naturaleza distinta, de carácter fiscalizador, de vigilancia, de supervisión. Quien controla no debe participar en la decisión objeto de control, pues entonces dicha intervención equivaldría a coadministrar y se alejaría de la intención y naturaleza de la función fiscalizadora”*. Adicionalmente se indicó:

“(...) la función fiscalizadora ejercida por “los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración pueden llegar a constituir paralelamente a ésta, un aparato de co-administración, pues en tal caso, el poder de decisión administrativa lógicamente se desplazaría irremediabilmente hacia el co-administrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no solo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes

⁴ Asamblea Nacional Constituyente 24 de abril de 1991. Informe a la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente. Ponentes: Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolf, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez.

de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.

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

En consonancia con la intención del Constituyente, para la Corte Constitucional, el principio de separación de poderes exige, por un lado, *identificar los roles estatales, y asignar a cada una de las ramas y órganos del Estado, en principio de manera exclusiva y excluyente, los roles institucionales derivados de los fines esenciales de la organización política.* Y por el otro:

“(...) Exige 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 autogobernarse. De hecho, la separación de poderes, como instrumento de limitación del poder y como garantía institucional de las libertades y de la eficacia en la actividad estatal, no tendría ningún sentido y tampoco podría materializarse, si los órganos que asumen de manera separada las funciones y los roles del Estado no contaran con instrumentos para garantizar su independencia”⁵.

En reciente sentencia la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 4º de 2019 que reformó el régimen fiscal, la alta Corporación

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

consideró que la autonomía e independencia de los órganos de control se convierten en un supuesto esencial de la división de poderes porque garantizan la especialización de la administración pública, pero también porque impiden la configuración de poderes absolutos que pongan en riesgo los derechos y libertades de todas las personas⁶.

En esa oportunidad la alta Corporación sostuvo que es indispensable garantizar la independencia y la autonomía de los órganos a los que la Constitución atribuye las funciones esenciales del Estado, como ya se indicó y se reitera, entiende 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 autogobernarse**, lo cual también lo había advertido desde la Sentencia C-285 de 2016⁷.

En las Sentencias C-401 de 2001⁸ y C-832 de 2002⁹, la Corte Constitucional manifestó que la autonomía que se confirió a estos órganos, significa: i) no pertenencia a alguna de las ramas del Poder, ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y, por tanto, actuación funcionalmente independiente de ellas, iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada.

En efecto, en la Sentencia C-832 de 2002, donde la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de unas disposiciones de la Ley 715 de 2001¹⁰,

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-285 del 1 de junio de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-401 del 19 de abril de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-832 del 8 de octubre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹⁰ "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y

que condicionaban el proceso de responsabilidad fiscal a las decisiones tomadas por los jueces penales en algunos eventos, sobre la autonomía de los organismos de control, consideró:

- (i) Consiste en el establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada a la cual se le ha asignado un haz de competencias específicas que pueden ejercerse de manera autónoma e independiente, sin la injerencia de otras autoridades;
- (ii) Se ejerce de manera independiente, sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía.

En este sentido la alta Corporación ha reconocido que la acción del legislador se encuentra limitada por el núcleo esencial de autonomía de esos órganos, **definido por las normas que confieren el respectivo ámbito de independencia**. En palabras de la Corte, consignadas en esas decisiones, **“a mayor regulación constitucional menor será el ámbito de la regulación legal, y viceversa”**.

En síntesis, 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 armónica¹¹.

El control previo establecido en la Constitución de 1886.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se advirtieron las problemáticas que había traído para el Estado el estableciendo de un control fiscal previo ejercido por la Contraloría General de la República durante la vigencia de la

se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2020.

Constitución de 1886, tales como la coadministración, ralentización de la administración y la corrupción por la concentración del poder, lo cual conllevó a modificar el modelo de control fiscal y establecerlo como posterior y selectivo.

Como antecedentes se debe mencionar la sentencia del 5 de noviembre de 1979 proferida por el Consejo de Estado, en donde advirtió que, con fundamento en este control, la Contraloría tenía la potestad de verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto, al respecto, señaló:

“(...) 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. Por consiguiente, es perfectamente claro que el punto de referencia de tal control no puede extenderse a normas reguladoras de actividades diferentes a la del gasto mismo, como serían, por ejemplo, las disposiciones que gobiernan la actividad administrativa generadora del gasto. (...)”¹²

La Corte, en providencia C-103 de 2015, examinó una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el numeral 7º del artículo 5º del Decreto Ley 267 de 2000¹³ que le atribuía a la Contraloría General de la República la función de *“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. (...)”*.

En esa decisión la Corte enunció las diferencias entre los dos tipos de control, es decir, el previsto durante la vigencia de la Constitución de 1886, y el

¹² Reiterado por el Consejo de Estado en la Sentencia del 22 de julio de 1988. M.P. Doctor Guillermo Benavides Melo, en la cual citó la decisión del 5 de noviembre de 1979. M.P- Carlos Galindo Pinilla

¹³ *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”*.

establecido en ese momento en la Constitución de 1991, el cual era posterior y selectivo, indicando lo siguiente:

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

(…)

Esta amplitud del control fiscal, que se proyecta tanto en el ámbito de los sujetos sometidos al mismo, en los aspectos y criterios tenidos en cuenta, así como en los momentos y actividades en los que tiene lugar dicha fiscalización, ha de interpretarse en consonancia con la decidida apuesta del constituyente por eliminar el sistema previo e instaurar en cambio un sistema posterior de control fiscal, al igual que con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (…)

(…) el alcance de la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización ha sido examinado de tiempo atrás en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Como quedó expuesto al analizar las transformaciones en el modelo constitucional de control fiscal, bajo el sistema que operaba antes de la reforma constitucional de 1991, el Consejo de Estado declaró la nulidad de algunos conceptos emitidos por la Contraloría, en ejercicio de control previo, en los cuales, por ejemplo, instaba a una entidad a abstenerse de refrendar reajustes sobre el valor de unos contratos, advertía sobre la improcedencia de extender a determinados empleados públicos los beneficios pactados en convenciones colectivas o la no viabilidad de suscribir ciertas cláusulas contractuales. El Alto Tribunal consideró que, no obstante la autorización legal del control fiscal previo, a través de algunos de estos conceptos la Contraloría excedía el ámbito de su competencia para

inmiscuirse en funciones propias de la Administración.(...)" (Subrayado fuera de texto)

En la Sentencia C-103 de 2015, la Corte Constitucional destacó las siguientes falencias del sistema vigente con la Constitución de 1886:

- (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) Se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción.

Al resolver el caso particular, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la disposición demandada del artículo 5º del Decreto Ley 267 de 2000, por las siguientes razones:

"(...) por instaurar una modalidad de control fiscal previo, con un efectivo potencial para incidir en las decisiones administrativas atinentes al manejo de recursos públicos, la función de advertencia no se ajusta a dos de los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio legítimo del control fiscal externo que se encomienda (...), a saber, su carácter posterior y la prohibición de coadministración. En consecuencia, la norma que establece dicha función es inconstitucional por infringir el artículo 267 superior. (...)"

(...) la norma acusada instaura un mecanismo de control fiscal previo, en tanto no sólo faculta a la Contraloría para vigilar, esto es, para observar atentamente la gestión fiscal, sino que además le otorga competencia para intervenir a través de la formulación de advertencias destinadas a corregir el rumbo de una acción.

(...) desconoce la prohibición establecida en el inciso 4º del artículo 267 de la Constitución, por cuanto otorga una competencia al máximo ente de control fiscal para incidir, por vía negativa, en la toma de decisiones administrativas. (...)"
(Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, el Acto Legislativo 4 de 2019 reformó la Constitución Política de 1991 con el propósito de fortalecer y complementar el régimen del control fiscal. En la exposición de motivos se indicó que el modelo de control fiscal “posterior y selectivo” que estaba originalmente previsto en esa Carta era insuficiente para lograr la efectiva y oportuna protección del patrimonio público¹⁴, motivo por el cual se instituyó un control concomitante y preventivo pero excepcional en cabeza del Contralor General de la República.

En la Sentencia C-140 de 2020, al estudiar la constitucionalidad del Acto Legislativo 4 de 2022, la Corte señaló las diferencias existentes entre el control que establecía la Constitución de 1886 y el control excepcional previsto por la Carta Política actual, argumentos que se citan *in extenso*:

Control previo	Control concomitante y preventivo
<i>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).</i>	<i>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.</i>
<i>La contratación estatal estaba sometida al visto bueno del Contralor (Decreto 911 de 1932 art. 9, Ley 20 de 1975 art. 9).</i>	<i>El control preventivo y concomitante se ejerce de forma paralela, a través de advertencias al gestor fiscal, sin que las mismas resulten vinculantes.</i>

En esa misma oportunidad la Corte Constitucional dijo: “(...) 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. (...)”

¹⁴ Reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-237 de 2022. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

Todo lo expuesto conduce a concluir que las características principales del control fiscal previo de la Constitución de 1886 distan del control excepcional concomitante y preventivo que actualmente establece la Constitución Política de 1991, por cuanto, bajo el primero la Contraloría General de la República podía examinar con antelación, si las transacciones u operaciones estaban respaldadas por los reglamentos establecidos, teniendo la facultad de incidir y corregir el rumbo de una acción, contrario a lo que sucede con el control concomitante, del cual se hablará en párrafos siguientes.

El control fiscal concomitante y preventivo, complementario al control posterior y selectivo¹⁵.

Uno de los fundamentos de la reforma constitucional al artículo 268 de la Carta a través del Acto Legislativo 4 de 2019, consistió en que la Contraloría General de la República sólo actuaba cuando el daño estaba materializado, pues los actos sometidos a control ya habían sido ejecutados, de hecho, esta es la naturaleza del carácter posterior de la gestión fiscal.

Entonces, como ese modelo, que estaba previsto en la Constitución de 1991 se *quedaba corto con la finalidad por la cual se había instituido -protección del patrimonio público-*, como ya se señaló, a través del Acto Legislativo 4 de 2019 se introdujo la figura del control concomitante y preventivo. Sobre las características de este control, en la exposición de motivos del citado acto, se indicó, expresamente:

“(...) La concomitancia en el marco del nuevo modelo de control fiscal implica que la Contraloría no intervendrá sobre un universo indeterminado de actos de gestión fiscal, su objeto de control no será abstracto, sino que lo será el riesgo o daño potencial, es decir, “aquel daño que ha surgido y que ha nacido”, pero que

¹⁵ Ver al respecto, exposición de motivos del Acto Legislativo No. 4 de 2019. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_153.pdf

por la lógica de la ejecución o de la administración aún no se puede estudiar bajo el concepto de “posterioridad y selectividad”.

Su naturaleza no es la coadministración, ni la actuación previa y universal. No se trata de revivir el control previo y perceptivo. Lo que se pretende es brindar o dotar a las contralorías de las herramientas constitucionales para cumplir en un alto grado de eficiencia y eficacia su función constitucional, que es la de proteger y defender el patrimonio, y no la de únicamente identificar y registrar el daño una vez este se configura, para proceder a su posterior enjuiciamiento y cobro.

(...) Volviendo, pues, a la dualidad conceptual “momento” y “forma”, al modelo de control propuesto debe asociarse un concepto de forma, que es consustancial a la finalidad del mismo; esto es, el control preventivo, puesto que la concomitancia solo tiene sentido si contribuye a la adecuada gestión del riesgo y al mejoramiento de la gestión pública. Se repite, sin invadir el ámbito de decisión del gestor fiscal. (Subrayado fuera de texto)

La función de prevención por tanto en este esquema no constituirá control previo ni colisionará con el actual esquema de fiscalización, y la función de advertencia se constituirá entonces en una herramienta esencial para su efectividad. (...)

En la mencionada exposición de motivos, también se enunciaron las características del control concomitante y preventivo pero complementario al control posterior y selectivo, de la siguiente manera

- Las medidas preventivas siempre se tomarán frente a un riesgo actual, que se encuentre técnicamente probado.
- El principio de prevención está soportado en la debida diligencia del gestor fiscal.
- En este nuevo modelo el riesgo es cierto y el daño es potencial.
- Se caracteriza por propiciar la administración de riesgos y la verificación de la eficiencia de los controles a efectos de la implementación anticipada de medidas para mitigar o prevenir los daños.
- El nuevo modelo busca que las acciones de la Contraloría se encaminen a prevenir daños y no solo a su identificación posterior.
- La función de advertencia será un destacado instrumento de la vigilancia fiscal, en defensa y protección del patrimonio público
- Uno de los pilares del nuevo modelo será la actuación oportuna del ente de control, realizando el seguimiento a las fuentes y uso del recurso público en tiempo real, sobre operaciones financieras o presupuestales que generen un riesgo.
- El principio de verdad sabida y buena fe guardada, establecido en el numeral 8 del artículo 268 de la Carta Política, es justamente uno de los fundamentos y expresiones del modelo concomitante y preventivo.

- Requerirá por vía legislativa la facultad de investigar bienes en la etapa del proceso auditor.
- La vigilancia y control fiscal se adelantarán con énfasis en procedimientos expeditos, sin descuidar el carácter instrumental de las auditorías de regularidad respecto de la evaluación del desempeño de las entidades públicas.
- El Informe Técnico se constituirá en uno de los elementos esenciales de la actividad probatoria para otorgarle certeza técnica a la actuación del control fiscal en tiempo real y su elaboración oportuna permitirá fortalecer jurídicamente la validez del medio de prueba.
- La participación de la ciudadanía a través de las denuncias fiscales se convertirá en el principal insumo para activar en forma rápida y oportuna el modelo concomitante y preventivo; sin embargo, no se restringe únicamente a estas. Será de gran importancia el ejercicio de las auditorías articuladas.
- La prevención no se efectuará al universo total de las actividades de la administración pública; sino que estará focalizado en los riesgos.
- Con el nuevo modelo se fortalecerá el aparato auditor y de fiscalización de cara a consolidar los insumos de la acción fiscal de resarcimiento del patrimonio público ante la Contraloría General de la República.

En la Sentencia C-140 de 2020, la Corte Constitucional añadió que *“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”*.

En suma, la Corte Indicó que el control preventivo y concomitante es excepcional, se ejerce ante la existencia de un riesgo inminente para prevenir un daño, su ejercicio corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en determinadas materias, y para que pueda diferenciarse del control

previo que instituía la Constitución de 1886, se debe observar los siguientes requisitos:

- 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 señalar a la administración cuándo se puede llegar a materializar un daño.
- ii) Respecto de las empresas de economía mixta, el control concomitante y preventivo debe ser entendido de tal manera que no paralice la actividad administrativa, no implique un prejuzgamiento, ni termine por afectar el adecuado desarrollo de las actividades de las empresas del Estado¹⁶.
- 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. El debido proceso en este sentido podría conllevar a tener que estandarizar las formas de ejercer este tipo de control, discriminando las actividades objeto de control y sus especificidades, **de tal forma que no puede tratarse de control sobre el cual no existan unas claras reglas de juego.**

El Decreto 403 de 2020 desarrolló el control concomitante y preventivo establecido en los artículos 267 y 268 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 4 de 2019, para el fortalecimiento y la modernización del control fiscal.

El capítulo III del Decreto 403 de 2020, desarrolló (i) la forma de manifestación del control concomitante y preventivo, (ii) las materias específicas sobre las que procede (iii) aplicación particular y, (iv) sistema general de advertencia público, todas en cabeza del contralor, en consonancia de lo previsto en el artículo 267 superior, **según el cual el ejercicio y la coordinación del control**

¹⁶ En este punto, la Corte Constitucional añadió que el control fiscal debe atender la actividad específica que cumple la empresa de economía mixta, los eventos concretos y determinados que justificarían en su día la injerencia, la forma de evaluar la actividad, el análisis de procesos completos cuando se trata de actividades complejas o, al contrario, por pasos o niveles de desarrollo. (Sentencia C-140 de 2020)

concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en los asuntos que este determine con fundamento en su autonomía, la cual proviene, expresa y exclusivamente, de la Carta Política¹⁷.

A nivel reglamentario el Contralor General de la República expidió la Resolución No. REG-ORG de 2020, mediante la cual desarrolló el ejercicio de la vigilancia y control fiscal concomitante y preventivo, estableciendo la competencia de la advertencia exclusiva para el Contralor, cumpliendo en este sentido los lineamientos constitucionales estudiados.

Las disposiciones del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022 vulneran lo dispuesto en los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 superiores, y establecen un control previo en cabeza de la Contraloría General de la República.

¹⁷ **ARTÍCULO 67. DEL CONTROL FISCAL CONCOMITANTE Y PREVENTIVO.** El ejercicio del control fiscal concomitante y preventivo se manifestará mediante la emisión de una advertencia sobre el evento o riesgo identificado, con sustento en los ejercicios de vigilancia y seguimiento permanente al recurso público.

Cuando el evento o riesgo impacte a más de una entidad u objeto de control, podrá emitirse una advertencia general.

PARÁGRAFO. La facultad de advertir estará en cabeza del Contralor General de la República de manera exclusiva, la cual no podrá delegarse.

ARTÍCULO 68. DE LA ADVERTENCIA. Es el pronunciamiento, no vinculante, mediante el cual el Contralor General de la República previene a un gestor fiscal sobre la detección de un riesgo inminente de pérdida de recursos públicos y/o afectación negativa de bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública, con el fin de que el gestor fiscal evalúe autónomamente la adopción de las medidas que considere procedentes para ejercer control sobre los hechos así identificados y evitar que el daño se materialice o se extienda.

PARÁGRAFO. De la advertencia se remitirá copia a la oficina de control interno correspondiente para lo de su competencia.

ARTÍCULO 69. MATERIAS ESPECÍFICAS SOBRE LAS QUE PROCEDE. 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.

ARTÍCULO 70. APLICACIÓN PARTICULAR. El control concomitante y preventivo no es de aplicación universal sobre todos los actos de gestión; estará enfocado sobre objetos de control en ejecución, concretos y previamente identificados.

De conformidad con lo previsto en los artículos 114¹⁸ y 150¹⁹ de la Carta Política, la cláusula general de competencia normativa está en cabeza del Legislador, quien tiene la función de “*hacer las leyes*”. No obstante, esta función está limitada por lo dispuesto en el artículo 4º superior, según el cual la *Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

El Congreso de la República tiene la facultad de otorgar funciones y atribuciones a los órganos del Estado, pero debe respetar siempre la estructura del Estado establecida por el constituyente²⁰. En este sentido, el artículo 117 le otorgó la naturaleza a la Contraloría General de la República de órgano de control, y el 119 le asignó la función de vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración. El artículo 267 de la Carta dispone que el control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y, además, podrá ser preventivo y concomitante, este último será excepcional, no vinculante, no implicará coadministración. **Su ejercicio y coordinación corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.**

Así, los órganos de control fiscal del Estado ejercen su función respecto de la administración pública y de los particulares que manejen fondos o bienes públicos, constituyendo esta una función diferente, autónoma e independiente dentro del Estado, debido a que su naturaleza es sustancialmente diferente de las competencias de las tres ramas del poder público.

El control fiscal, entonces, es un instrumento eficaz para salvaguardar el patrimonio estatal, pero ello no quiere decir que, con fundamento en él, la Contraloría General de la República puede interferir en las decisiones de otros órganos del Estado, pues, precisamente, para evitar la coadministración y el

¹⁸ **ARTICULO 114.** Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

¹⁹ **ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-527 de 1994

control previo -que se preveía en la Constitución de 1886 -y con base en el cual, podía verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto- la Carta Política de 1991 dispuso un control posterior y selectivo, y de manera excepcional, preventivo y concomitante.

Si bien el control preventivo y concomitante es ejercido en forma de advertencia, debe recordarse que ellas no pueden resultar vinculantes para los sujetos objeto de control, lo contrario conllevaría a pensar que existe un poder de veto o pre-aprobación por parte del organismo de control. Como bien lo advirtió la honorable Corte Constitucional, *“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”*.

Lo anterior materializa uno de los presupuestos establecidos en sede constitucional relacionado con la prohibición de todo tipo de coadministración (Art. 267 C.P), pero también contribuye a la materialización de un eje fundamental de la Constitución “el principio de separación de poderes”.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional, el carácter selectivo del proceso de responsabilidad fiscal, supone que no todas las actividades puedan ser objeto de control, como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-716 de 2002, *“al organismo de control se le concede la potestad de señalar cuáles actos jurídicos, por sus implicaciones o complejidad, deben ser objeto de la inspección financiera, de gestión y resultado”*.

Es por este motivo que el inciso segundo del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022 al imponer a la Contraloría General de la República el deber de conceptuar en los casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes vulnera el artículo 267 Constitucional, **porque está en oposición de la autonomía e independencia, no sólo del organismo de control, sino**

también del encargado de ejercer, de manera excepcional, el control concomitante y preventivo, esto es, del Contralor General de la República.

Es evidente que la intención del Constituyente fue otorgar el ejercicio del control concomitante y preventivo, pero excepcional, al Contralor General de la República para que lo desplegara de acuerdo a la autonomía e independencia que caracteriza al órgano de control fiscal.

En este orden, la Constitución Política de 1991 no sólo confiere autonomía administrativa y presupuestal, sino también establece unas funciones propias y específicas a la Contraloría General de la República, precisamente, para que no interfiera en las competencias otorgadas a las otras Ramas del Poder Público, e inclusive, en las de las otras entidades asimismo denominadas como autónomas e independientes.

Por tanto, a la Contraloría General de la República no se le puede asignar funciones administrativas diferentes a las previstas por el constituyente e inherentes a su propia organización, porque podría conllevar a una injerencia en el ejercicio de las funciones de los otros órganos del Estado. Dicho por la Corte Constitucional, *“la autonomía e independencia se convierten en un supuesto esencial de la división de poderes”*

Entonces, examinadas (i) la finalidad del fin perseguido por la disposición acusada en esta demanda, (ii) la idoneidad o aptitud del medio elegido por el legislador para alcanzar dichos fines y (iii) la necesidad del medio, determinada por la ausencia de otras medidas alternativas para alcanzar la finalidad, con menor sacrificio para los principios constitucionales que se ven afectados por la medida enjuiciada²¹, se evidencia lo siguiente:

²¹ Ver al respecto, Sentencia C-103 de 2015.

- La finalidad del concepto de la Contraloría dentro de los trámites conciliatorios se orienta a la protección del patrimonio público.
- Aptitud del medio: el concepto de la Contraloría podría considerarse idóneo para lograr el fin perseguido.
- La necesidad del medio: En reiterada jurisprudencia, la alta Corporación Contenciosa Administrativa ha definido los presupuestos para la aprobación de la conciliación prejudicial, indicando: “1.- Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes. 2.- Que las entidades estén debidamente representadas. 3.- Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio. 4.- Que no haya operado la caducidad de la acción. 5.- **Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.** 6.- Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrojado a la actuación.”²²

Entonces, como se advierte, entre los medios alternos dispuestos para lograr el fin perseguido por el legislador al imponer el concepto de la Contraloría, se encuentra, el deber de los jueces de examinar que la conciliación no resulte abiertamente lesiva para el patrimonio de la administración, medio que garantiza, además, la independencia del órgano judicial. Por ello, se convierte en una medida con menor sacrificio para los principios constitucionales que se ven afectados con el concepto de la contraloría dentro del trámite conciliatorio, esto es, el principio de separación de poderes, la prohibición de toda forma de coadministración y la autonomía e independencia del órgano de control fiscal.

El inciso segundo del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, si bien apunta al logro de los objetos constitucionalmente legítimos, relacionado con la protección del patrimonio público, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo 267

²² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera, M.P. Maria Elizabeth García González. Rad. 25000-23-24-000-2010-00319-01. Providencia del 13 de octubre de 2011.

de la Constitución, relacionado con la prohibición de que las actuaciones de la Contraloría supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control²³.

Al consultar en el diccionario de la Real Academia, el significado de **concepto** se consigna como: **una opinión y/o un juicio**²⁴. Entonces, al emitir una opinión la Contraloría dentro del trámite conciliatorio, es evidente que realiza una intervención total dentro de ese asunto, por cuanto, debe analizar el acuerdo logrado, su cuantía y, además, se le otorga la facultad de apelar la decisión judicial.

El carácter vinculante del concepto, opinión y/o juicio de la Contraloría se puede observar en el inciso 4º del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, porque sujeta el plazo de la decisión de aprobación o improbación judicial a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar. Lo cual representa una injerencia indebida y desconoce la prohibición de coadministración prevista en el artículo 267 superior, pudiéndose concluir que la decisión judicial debe tener en cuenta lo que diga el ente de control fiscal, situación que indudablemente traduce en una modalidad de control **fiscal previo**.

Es una modalidad de control fiscal previo porque tiene la virtualidad de incidir en la decisión judicial de aprobación o improbación de la conciliación, el concepto de la Contraloría no se encuentra bajo la égida de los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio del control excepcional concomitante y preventivo, porque como bien se estudió, este último está instituido en cabeza del Contralor General de la República, quien, tiene la autonomía de ejercerlo en materias específicas. También supone una especie de coadministración, teniendo en cuenta que es un juicio anterior a la eventual ejecución del gasto.

²³ Ver Sentencia C-103 de 2015.

²⁴ Disponible en la página web <https://dle.rae.es/concepto>

La Corte Constitucional en la Sentencia C-103 de 2015 se pronunció de la siguiente manera: *“la formulación de un llamado de atención por parte del máximo ente de control externo sobre el eventual riesgo o amenaza de detrimento patrimonial vertido en una determinada operación administrativa, incluso si está desprovista de un tono imperativo y formalmente carece de efectos vinculantes, conserva una efectiva capacidad disuasoria, que en la práctica se resuelve en la suspensión de la decisión o del curso de acción sobre el cual la Contraloría ha manifestado previamente sus reservas”*.

En conclusión, las disposiciones acusadas se oponen al carácter excepcional y autónomo de la modalidad de control concomitante y preventivo que establece la carta de 1991, vulnerando los artículos 113, 117, 119, 267 y 268, que establecen el principio de separación de poderes, que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, y dicho control corresponde al Contralor en materias exclusivas.

Finalmente, se debe indicar que, la exclusión del ordenamiento jurídico del **concepto** de la Contraloría dentro de los trámites de aprobación judicial no significa la desprotección del patrimonio público, pues como ya se indicó, es deber de los jueces velar porque la conciliación no afecte el patrimonio de la administración, lo cual garantiza la independencia judicial.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de 1991 excluyó la figura de control previo establecido en la Constitución de 1886, el Constituyente la consideraba ineficaz para la salvaguarda del patrimonio público porque era problemática, teniendo en cuenta que conllevaba a una coadministración y a la ralentización de la administración.

Actualmente, el control fiscal en Colombia, por disposición expresa de la Constitución Política de 1991, es posterior y selectivo, de manera excepcional

es concomitante y preventivo en las materias específicas que determine el Contralor General de la República.

Las disposiciones del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, en tanto (i) imponen el deber a la Contraloría de conceptuar en casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, (ii) sujeta la decisión de aprobación o improbación judicial a la fecha que venza el plazo del organismo de control para conceptuar, (iii) imponer el deber de notificación de la decisión a la Contraloría, quien podrá presentar recurso de apelación, resultan inconstitucionales porque:

- Introducen una modalidad que es previa a la ejecución del gasto, es una forma de control fiscal previo, el cual quiso abolir la Constitución de 1991.
- Vulneran los artículos 113, 117 Constitucional y el principio de separación de poderes que pretenden garantizar la autonomía e independencia de todos los órganos del Estado.
- Transgrede los artículos 119 y 267 Superior porque impone funciones administrativas a la Contraloría distintas a las inherentes a su propia organización, esto se ve reflejado en la autorización de apelar la providencia otorgada al organismo de control.
- Viola el artículo 267 Superior porque impone a la Contraloría el deber de conceptuar, transgrediendo la autonomía e independencia con que cuenta el contralor para ejercer el control concomitante y preventivo.
- Aunque su finalidad es constitucionalmente legítima, desconoce el marco de actuación trazado en los artículos 119 y 267 de la Constitución, relacionado con la prohibición de que las actuaciones de la Contraloría supongan coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de los demás órganos del Estado.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

De acuerdo con los argumentos y consideraciones expuestos, respetuosamente solicito a la Honorable Corte Constitucional decretar la suspensión provisional de los apartes demandados contenidos en los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022 “*Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones.*”, que establecen:

“(...) El concepto de la Contraloría será obligatorio en aquellos casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales. (...)”

La decisión de aprobación o improbación judicial deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses siguientes **a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar.**

La providencia que decida sobre el acuerdo conciliatorio deberá ser notificada a las partes y al agente del Ministerio Público que adelantó la conciliación extrajudicial y **a la contraloría. (...)”**

Lo anterior bajo la égida de la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional, quien, en Auto 273 de 2023²⁵, consideró, con el propósito de garantizar la eficacia del principio de supremacía constitucional, debía variar su anterior postura relacionada con la inviabilidad de aplicar la suspensión provisional en demandas de inconstitucionalidad. Al respecto, en el comunicado de prensa de esa decisión, se lee:

²⁵ Al respecto ver, comunicado de prensa del 2º de marzo de 2023. Consultada la página web de la de la Corte Constitucional se advierte que no ha sido publicado el auto referido.

Sobre los comunicados de prensa, la Corte Constitucional en el Auto 022 de 2013 indicó: “El comunicado de prensa es una herramienta útil para la comunicación del sentido de las decisiones que adopta la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad, las cuales tienen efectos a partir del momento en que se adoptan, pues así lo exige la vigencia de los principios de legalidad, seguridad jurídica y preservación de la cosa juzgada constitucional. El comunicado tiene, en ese orden de ideas, la función de publicitar tanto las razones de la decisión como la parte resolutive de la sentencia, permitiéndose de tal modo que los ciudadanos conozcan oportunamente cómo incide la decisión adoptada en la configuración del ordenamiento jurídico. Por supuesto, esta actividad tiene efectos exclusivamente de comunicación de lo decidido, sin que remplace la publicación del texto completo de la sentencia correspondiente y su formal notificación”. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

“(...) en casos excepcionales, frente a una norma abierta o manifiestamente incompatible con la Constitución que pueda producir efectos irremediables o que lleven a eludir el control de constitucionalidad, es necesario que la Corte adopte medidas, también excepcionales, orientadas a impedir la producción de efectos del acto objeto de control. Lo anterior tiene sustento en la necesidad de garantizar la eficacia del principio de supremacía constitucional, con lo cual, en virtud de una reinterpretación de las facultades de la Corte para cumplir sus funciones de guardiana de la supremacía de la Constitución, se ajusta el precedente. (...)”

En consecuencia, para decretar una medida de protección y eficacia, como atribución propia, la Sala Plena de la Corte Constitucional tendrá en cuenta: (i) el carácter excepcional de la medida; (ii) la existencia de una disposición incompatible con la Constitución que produzca efectos irremediables; (iii) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida; y (iv) la ineficacia de los otros mecanismos de protección y efectividad del orden constitucional. La providencia se adoptará por la Sala Plena a solicitud de cualquier magistrado, y en el auto que la decida establecerá su alcance y duración. (...)”

En el asunto que se examina, se cumplen los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para la suspensión provisional de las disposiciones demandadas, por cuanto:

1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 241 Superior, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y, por esa razón, tiene competencia para decretar la suspensión con el propósito de salvaguardar el orden constitucional.

2.- Efectos irremediables: la Ley 2220 de 2022 entró en vigencia el 30 de diciembre de 2022, las disposiciones del artículo 113 que acá se demandan son abiertamente incompatibles con los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política de 1991. No decretar la suspensión provisional de la norma previo a proferir la respectiva sentencia podría traer consecuencias irreversibles y configurar un perjuicio irremediable:

- El concepto obligatorio de la Contraloría dentro del trámite de aprobación de la conciliación vulnera de manera flagrante la autonomía e independencia del órgano de control.

-. El someter el plazo de la decisión de aprobación o improbación de la conciliación al término de la contraloría para conceptuar está sujetando la actividad judicial, alterando el principio de separación de poderes como eje fundamental de la carta-

-. Los despachos judiciales competentes deben observar el concepto de la Contraloría al momento de aprobar o improbar la conciliación, situación que no podrá subsanarse o retrotraerse en el futuro dado que las decisiones judiciales gozan del principio de seguridad jurídica y, por tanto, no sería suficiente la adopción de medidas moduladas en el tiempo, lo cual también implica la necesidad de esta medida.

3.- Entonces, concluimos que: la suspensión provisional de las disposiciones acusadas es idónea: para salvaguardar el principio de separación de poderes, autonomía e independencia del órgano del control. Es necesaria: Causadas sus consecuencias no existe posibilidad de revertirlas, pues tiene impacto inmediato en los trámites de aprobación de conciliaciones judiciales en curso. También es necesaria para conservar el orden constitucional, preservar la independencia y autonomía de los órganos del Estado y la Contraloría General de la República, en este sentido, se advierte proporcional con el fin perseguido en la presente demanda²⁶.

4.- En el orden constitucional no existen otros mecanismos con la misma eficacia que pueda otorgar la suspensión provisional.

SOLICITUD DE INEXEQUIBILIDAD

Con fundamento en lo anteriormente planteado, solicito a la Honorable Corte Constitucional:

Primera pretensión: Declarar inexecutable la expresión "**El concepto de la Contraloría será obligatorio en aquellos casos superiores a 5000 salarios mínimos legales**

²⁶ Sobre la idoneidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, ver salvamento de Voto de los Magistrados Diana Fajardo Rivera y Albero Rojas Ríos al Auto 123 de 2022.

mensuales” contenida en el inciso segundo del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, por vulnerar lo dispuesto en los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política de 1991, por desconocer los principios de autonomía e independencia consagrados constitucionalmente en favor de la Contraloría General de la República y, especialmente, como parte de las atribuciones del Contralor General de la República, única autoridad competente para regular el ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo.

Segunda pretensión: Declarar inexecutable la expresión **“A la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar”**, contenida en el inciso 4º del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, por vulnerar los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política de 1991, por transgredir los principios de autonomía e independencia propios de los órganos de control fiscal, el principio de separación de poderes y regresar a derecho colombiano instituciones del control fiscal previo excluidas por el constituyente de 1991.

Tercera pretensión: Que se declare la inexecutable de la expresión **“y a la contraloría”**, contenida en el inciso sexto del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, por vulnerar los artículos 113, 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política de 1991, por transgredir los principios de autonomía e independencia propios de los órganos de control fiscal.

TERCERA PARTE: DISPOSICIONES FINALES

1.- COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte es competente para conocer esta demanda en virtud de lo contemplado en el artículo 241 de la Carta Política, por medio del cual se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, atendiendo a lo previsto en el numeral 4º ibidem, tiene la función de *“4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”*.

2.- ANEXOS

- Para acreditar mi condición de ciudadano y cumplir con el requisito establecido por la Jurisprudencia Constitucional y el Decreto 2067 de 1991, aportaré copia digital de la cedula de ciudadanía²⁷.

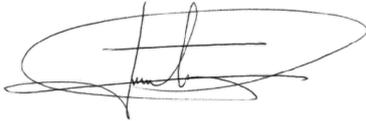
²⁷ Anteriormente, la calidad de ciudadano se constataba con la presentación personal, pero con el propósito de agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción constitucional y

- Resolución Organizacional No. 0284 del 24 de agosto de 2015.
- Certificación ejercicio del cargo de Director de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

3.- NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en el siguiente correo electrónico:
notificacionesjudiciales@contraloria.gov.co

Cordialmente,



ISDUAR JAVIER TOBO RODRÍGUEZ

C.C. 19.453.074

otras, este presupuesto se flexibilizó a través del Decreto 806 de 2020, proferido en virtud del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica por la pandemia del Covid-19, normatividad que posteriormente fue adoptada como permanente por la Ley 2213 de 2022²⁷, reiterando que las actuaciones no requerirán presentaciones personales, autenticaciones adicionales, ni presentarse en medios físicos.