

Bogotá, nueve (09) de mayo de 2023.

Honorable Magistrado
Juan Carlos Cortés González
CORTE CONSTITUCIONAL
Ciudad
E.S.D.

Referencia: Subsanación de demanda de acción pública 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”*

Expediente: Protegido por Habeas Data

Respetuoso saludo,

Protegido por Habeas Data

a través del presente escrito presento subsanación de la demanda formulada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, de conformidad con los lineamientos del auto del 4 de mayo de 2023, notificado por Estado el día 8 de mayo de 2023, y en los términos y oportunidades previstos en el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1.- En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenté 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.

II. FUNDAMENTOS DE LA INADMISIÓN

2.- A través de auto del 4 de mayo de 2023, notificado por Estado el día 8 de mayo de la misma anualidad, el Despacho del Honorable Magistrado Juan Carlos Cortés González, inadmitió la demanda formulada, concediendo el término de tres días para corregir los defectos señalados en la parte considerativa, relacionados con falta de certeza, especificidad y suficiencia, con fundamento en los siguientes argumentos:

- En la demanda se parte del supuesto de que se trata de una actuación administrativa, sin explicar de manera concreta por qué el trámite judicial de aprobación del acuerdo podría considerarse de dicha naturaleza o por qué no resulta constitucionalmente admisible que la CGR emita concepto dentro de aquel, aún sin que ello implique ejercicio de la aludida función de vigilancia fiscal.
- El concepto obligatorio de la Contraloría supone una violación de su autonomía y una injerencia en la actividad judicial.
- No se vislumbra argumento en relación con por qué el legislador carece de competencias para asignar otras funciones a la CGR o por qué el legislador no puede establecer un plazo para que el juez tome una decisión en materia procesal, de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución. El juez toma la decisión de manera autónoma con independencia del plazo.
- La disposición se aprecia nítida en prever que el concepto es obligatorio en casos en los que el acuerdo conciliatorio supere los 5000 SMLMV, pero no dispone que el concepto es vinculante para el juez o tribunal que decide sobre la aprobación o improbación de la conciliación.
- La expresión consignada en la demanda "*Virtualidad de incidir en la decisión*" es una apreciación subjetiva sobre el posible efecto que tiene el concepto, pero no surge del texto.
- No se explica como la facultad de decidir sobre la aprobación o improbación de la conciliación-propia del juez -está interferida por una suerte coadministración.
- No se explica cómo se desconocen las garantías de independencia.

3.- Así las cosas, con el propósito de aclarar las dudas y vacíos encontrados por el Magistrado, que impiden la admisión de la demanda, procedo a especificar, complementar y explicar los puntos referidos en el párrafo anterior.

III. SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA

4.- Respecto de lo indicado “**no se vislumbra argumento en relación con por qué el legislador carece de competencias para asignar otras funciones a la CGR**”

En el escrito de demanda formulada, se intentó exponer acerca del núcleo esencial de autonomía de los órganos de control, reconociendo expresamente la cláusula general de competencia normativa en cabeza del legislador, fundamentada en los artículos 114¹ y 150² de la Carta Política.

Sin embargo, se argumentó que esta función está limitada por lo dispuesto en el artículo 4^º 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*”.

Es así, como el Constituyente en los artículos 267 y 268 de la Carta Política estableció un catálogo de competencias y atribuciones en cabeza de la Contraloría General de la República y del Contralor, específicamente, la vigilancia, ejercicio y coordinación del control fiscal.

De conformidad con lo previsto en el numeral 13 del artículo 268, el legislador está autorizado a conferir a la CGR funciones adicionales a las establecidas en la Carta Fundamental, pero estas deben encajar en el esquema general establecido en la misma normatividad, esto es, en la función fiscalizadora de los recursos públicos, debiendo atender de esta manera, los principios que rigen dicha vigilancia fiscal porque ellos constituyen y hacen parte de su núcleo esencial de autonomía.

¹ **ARTICULO 114.** Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

²“**ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)”

Entonces, lejos de invocar una falta de competencia del legislador para asignar funciones a la CGR, se intentó argumentar que ello se encuentra limitado por el núcleo esencial de autonomía del órgano de control, previsto en los artículos 267 y 268 mencionados.

En la Sentencia C-832 de 2002, la Corte Constitucional indicó:

“(...) Si bien los denominados “órganos autónomos e independientes” son órganos del Estado, según ha expresado esta Corte, la acción del legislador y la de los que forman parte de la Rama Ejecutiva se halla limitada por el núcleo esencial de autonomía, que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución de manera explícita y en cada caso, define el ámbito de autonomía. (...)”³

Por tanto, si bien reconocemos la competencia del legislador, este no puede interferir en el núcleo esencial de autonomía de la CGR, que aparecerá definido en función del cumplimiento de las misiones específicas a ella encomendadas.

La disposición enjuiciada al imponer a la Contraloría General de la República el deber de conceptuar en los casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales, desconoce su núcleo esencial de autonomía, porque aunque es un trámite diferente al de la vigilancia fiscal, debería atender los principios constitucionales que a este último se han otorgado para el cumplimiento de los fines estatales, teniendo en cuenta el propósito de la creación de la vigilancia fiscal -seguimiento permanente del recurso público - y la finalidad por el cual se impuso el concepto de la CGR en el trámite conciliatorio -protección del patrimonio público-.

Debe estar dotado de todos estos principios por el haz de competencias creado por el legislador en los artículos 267 y 268 Superior. La regulación, fijación de la estructura y funciones del órgano de control debe someterse al tratamiento que la Carta otorgó al organismo de control, en especial, a las específicas competencias.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-832 del 8 de octubre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Se entiende que el concepto dentro de un trámite de conciliación judicial y la vigilancia fiscal son cuestiones diferentes, pero en todo caso, no se podía dejar de lado el núcleo esencial de autonomía de la CGR, en virtud del cual, el Contralor tiene la facultad de indicar cuáles los actos deben ser objeto de un examen por parte de la entidad.

Realmente, el concepto que emita la Contraloría, aunque diferente, está relacionado con la figura de la vigilancia fiscal, pues en virtud del primero también debe realizar un análisis e investigación del recurso público, con la diferencia de que en uno se impuso y en el otro se otorgó autonomía, es por esta razón, que el legislador desbordó el núcleo esencial de autonomía de la entidad en el inciso acusado.

La vigilancia fiscal supone un carácter selectivo porque no todas las operaciones tienen que estar sujetas a la inspección de la CGR. Atendiendo, a la autonomía de la entidad no todas las actividades deben ser objeto de investigación; al organismo de control se le concede la potestad de señalar cuáles actos jurídicos, por sus implicaciones o complejidad, deben ser materia de la inspección financiera, de gestión y resultado.

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.

En pocas palabras, como la misma Corte lo señaló, la acción del legislador se encontraba limitada por el núcleo esencial de autonomía de la CGR, que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución de manera explícita definió sus competencias. Se debe mantener la obligación de preservar y concretar los principios previstos en las facultades constitucionales de la CGR.

5.- Sobre la afirmación “En la demanda se parte del supuesto de que se trata de una actuación administrativa, sin explicar de manera concreta por qué el trámite judicial de aprobación del acuerdo podría considerarse de dicha naturaleza o porqué no resulta constitucionalmente admisible que la CGR emita concepto dentro de aquel, aún sin que ello implique ejercicio de la aludida función de vigilancia fiscal”.

Aunque se pudieron generar dudas por los argumentos expuestos en la demanda, en el sentido de confundir los actos de fiscalización de la CGR con el trámite de conciliación judicial. Se debe indicar, lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en el artículo 267 Constitucional, la vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, quién, 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 terminación del proceso de responsabilidad fiscal es decidida por la Contraloría a través de fallos resarcitorios de los daños causados al patrimonio estatal, o, de fallos absolutorios de responsabilidad.

En tal sentido, aunque el trámite de conciliación judicial tiene diferencias sustanciales con el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, esta entidad en su función de ejercer dicho control debe estar libre de toda dependencia o conflicto en la gestión auditada y, aunque el fin constitucional de la entidad sea la protección del patrimonio público, la fiscalización sobre el uso de estos recursos debe ser ajena a todo interés particular.

Por tanto, no se trata de otorgar la misma naturaleza del control fiscal al trámite de conciliación judicial, sino precisamente, de separar el campo de actuación de la Contraloría General de la República de la de otras ramas del poder público y organismos del Estado.

La función de la CGR consiste en un examen y control de los actos de la administración, el órgano de control no debería participar en un trámite de naturaleza judicial. Es notorio que la Carta Política de 1991 quiso distinguir entre las actividades de control de las otras actividades otorgadas a los demás organismos del Estado, entre ellos, la Rama Judicial, quiso diferenciar la capacidad supervisora de los gastos de la administración de las decisiones de un proceso judicial.

6.- Respecto de “No se explica como la facultad de decidir sobre la aprobación o improbación de la conciliación-propia del juez -está interferida por una suerte coadministración y como se desconocen las garantías de independencia”

El concepto obligatorio de la Contraloría General de la República dentro de los trámites conciliatorios, suprime uno de los principios esenciales de la Carta Fundamental que orientaron la estructura del Estado y el poder judicial: la independencia y autonomía judicial.

La autonomía e independencia judicial, en palabras de la Corte Constitucional, comporta tres atributos básicos en nuestro ordenamiento superior: i) posibilidad del juez de aplicar el derecho libre de interferencias tanto internas como externas; ii) Un segundo atributo que lo erige en presupuesto y condición del principio de separación de poderes, del derecho al debido proceso y de la materialización del derecho de acceso, a la administración de justicia de la ciudadanía; y, finalmente, iii) un tercer atributo que lo instituye en un principio estructural de la Carta Política de 1991⁴.

Lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-450 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad)⁵.

El concepto de la Contraloría General de la República y la facultad de presentar recurso de apelación contra la providencia que decida la conciliación judicial, favorece un esquema de supervisión que, a su vez, implica un veto a la capacidad decisoria de los jueces, que debe estar excluida de todo tipo de inferencia externa, debe ser independiente a la vigilancia que realice el organismo de control, a la cual, la Constitución Política no le confirió poder en la toma de decisiones de los otros órganos, contrario a ello, lo despojó de toda intervención en las actividades de la administración y también de las otras ramas del poder público, en la cual está incluida la judicial.

Aunque de la lectura del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, no se observe que, el juez deba atender, de manera obligatoria, el concepto que emita la Contraloría dentro del trámite conciliatorio, ¿cuál sería entonces el propósito de la facultad de apelar, sino otro que el de interferir en la toma de la decisión judicial, con fundamento en sus facultades de vigilancia y control? El concepto de la Contraloría dentro del trámite judicial no puede entenderse desligado del núcleo de competencias de la entidad.

Uno de los motivos de la supresión del sistema fiscal previo que antes instituía la Carta de 1886 fue la erradicación de la coadministración de los organismos de control, quienes, tenían la capacidad de intervenir en los procesos de contratación pública al punto de condicionar o inclusive vetar la capacidad contractual de las entidades del Estado, aunque esto es diferente a un trámite judicial, el concepto de la Contraloría puede tener la virtualidad de incidir en la decisión final del Despacho judicial.

Tal como no se debe confundir la actividad fiscalizadora con la función administrativo o gubernativa, debe distinguirse también dicha función fiscal de la

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de administrar justicia, pues la voluntad del constituyente fue establecer una marcada división entre cada una de las funciones, de esta manera, 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 irremediablemente hacia el co-administrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no solo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito. (...)”⁶

Aunque se puede notar que tanto el Constituyente como la disposición constitucional en el artículo 267, hablaron de “coadministración” en términos de actividad administrativa, la limitación debe aplicar con mayor razón para las actividades que ejerza el poder judicial.

Entonces, hablamos de coadministración, en términos de controlador de un tipo de actividad -en este caso la judicial-. Hablamos de coadministración como una injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de los otros órganos del Estado. Pues si bien se reconoce que el concepto que emita no implica directamente la toma de decisiones por parte de la Contraloría, sí tiene el propósito de interferir antes de que se adopte la decisión judicial. Concepto que debe tener en cuenta el juez para evitar que se produzca un daño al patrimonio público.

7.- En consonancia, sobre lo indicado en el auto inadmisorio, en relación con que “la disposición se aprecia nítida en prever que el concepto es obligatorio en casos en los que el acuerdo conciliatorio supere los 5000 SMLMV, pero no dispone que el concepto es vinculante para el juez o tribunal que decide sobre la aprobación o improbación de la conciliación”. Asimismo, “La expresión consignada en la demanda “Virtualidad de incidir en la decisión”

⁶ 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.

es una apreciación subjetiva sobre el posible efecto que tiene el concepto, pero no surge del texto”

Si bien, de la lectura del texto de la disposición acusada, pareciera que la opinión de la Contraloría no tiene como propósito el ejercicio de la vigilancia fiscal, si tiene la capacidad de revelar el eventual incumplimiento de uno de los requisitos determinados por la jurisprudencia para la aprobación de la conciliación judicial – velar porque la conciliación no afecte el patrimonio de la administración-.

En efecto, como bien lo señaló el Honorable Magistrado, el concepto puede consistir en una opinión técnica sobre el impacto al patrimonio público del acuerdo. No obstante, se debe analizar el efecto o la consecuencia que esa opinión técnica puede generar en el destinatario, la cual, indudablemente, podría ser la de dirigir su decisión en el sentido sugerido, más aún si proviene del organismo encargado de hacer seguimiento a los recursos públicos.

Por tanto, no se puede hablar estrictamente de independencia de los despachos judiciales en atender o no la opinión técnica que emita la Contraloría General de la República, si este organismo con su naturaleza de “control” ha exteriorizado reparos frente a un determinado acuerdo.

Para entender la capacidad disuasoria que puede tener el concepto de la CGR dentro del trámite conciliatorio, no resulta necesario que el texto acusado expresamente lo disponga, porque por las mismas funciones constitucionales de la entidad, la opinión técnica sí puede tener la virtualidad de incidir en la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio, en otras palabras, en la toma de decisiones judiciales.

Llama la atención que la disposición acusada tampoco consigne expresamente que, en ningún caso, el concepto de la Contraloría será obligatorio para el Juez, circunstancia que hubiese despejado toda duda sobre el particular.

8.- Sobre lo indicado, “no se vislumbra en por qué el legislador no puede establecer un plazo para que el juez tome una decisión en materia procesal,

de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución. El juez toma la decisión de manera autónoma con independencia del plazo”.

En el escrito de la demanda de inconstitucionalidad presentada, no se argumentó que el legislador no podía establecer un plazo para que el juez tome una decisión en materia procesal. De hecho, no se pretende la declaratoria de inexecuibilidad de la disposición “*La decisión de aprobación o improbación judicial deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses*” establecida en el artículo 113 de la Ley 2220 de 2022.

En la demanda, únicamente se pretende la inexecuibilidad de la expresión “***a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar***”.

Aunque se entiende que el juez puede tomar la decisión aun cuando haya o no concepto de la entidad, la norma acusada al disponer 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*”; permite dilucidar el carácter vinculante que tiene la opinión y/o juicio que emita la Contraloría dentro del trámite judicial. En tal sentido, nótese que supedita el plazo de decisión judicial al plazo de la Contraloría para conceptuar.

La posibilidad de apelar no constituye una prueba de la obligatoriedad del concepto de la CGR, pero si un indicio de la intervención de esta entidad en un trámite judicial que debe estar libre de interferencias externas. Máxime, cuando uno de los requisitos para la aprobación es la no afectación del patrimonio público, análisis que se trasladaría al organismo de control fiscal, en cuyo caso sería suficiente para el Despacho Judicial, dicho concepto.

De hecho, la disposición acusada tampoco limita el campo de acción de la CGR, le otorga la posibilidad de presentar recurso de apelación contra el auto que apruebe o impruebe la conciliación, pero no consigna si la impugnación debe estar relacionada, únicamente, con la protección del patrimonio público -fin constitucional de la entidad-, o por cualquier otro tipo de causa. Percibiéndose aún más la afectación del principio de independencia judicial, que fue concebida

como un instrumento orientado a asegurar que el proceso decisional de los jueces estuviese libre de injerencias y presiones de otros actores⁷.

9.- El concepto obligatorio de la Contraloría, puede tener un fin constitucionalmente legítimo, pero supone efectos negativos de los principios establecidos en la Carta Constitucional, la separación de poderes, la autonomía e independencia judicial y autonomía del organismo de control.

En el caso puede haber una tensión entre principios constitucionales, por un lado, se encuentra la protección del patrimonio público pero por el otro la afectación de los principios mencionados. Por esa razón, en la demanda se propuso un análisis de proporcionalidad. examinando, particularmente, (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 enjuiciada.

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado⁸.

10.- Finalmente, sin perjuicio de los argumentos expuestos líneas atrás, a través del presente memorial doy alcance al escrito de demanda, en el sentido de aclarar que no se pretende la declaratoria de inexecutable de la disposición que ordena notificar la decisión de la conciliación a la Contraloría, sino la posibilidad que se otorga de apelar la decisión judicial.

⁷ Ver al respecto, Sentencia C-285 de 2016.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz

IV. SOLICITUD

Con fundamento en las aclaraciones realizadas, solicito respetuosamente tener por subsanada la demanda y sea admitida para su estudio de fondo por parte de la Corte Constitucional.

V. NOTIFICACIONES

Protegido por Habeas Data