Sentencia C-237/22

DECRETO LEY QUE REGULA LOS SISTEMAS DE CONTROL FISCAL-Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de la competencia legislativa conferida por el constituyente derivado

La Sala Plena concluye que el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias e invadió la órbita del legislador ordinario al expedir los artículos 45 a 52 del Decreto 403 de 2020. Lo anterior, porque estas disposiciones (i) no regulan las materias enlistadas en el parágrafo transitorio y (ii) no desarrollan ninguna de las modificaciones que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo a la Constitución. Por lo tanto, las declarará inexequibles con efectos inmediatos y hacia el futuro.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS CON FUERZA DE LEY EXPEDIDOS POR EL PRESIDENTE EN VIRTUD DE LAS POTESTADES OTORGADAS EN UN ACTO LEGISLATIVO-Competencia de la Corte Constitucional

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-Incumplimiento del requisito de certeza en los cargos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL Y ABSOLUTA-Configuración

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DECRETO LEY 403 DE 2020-Estarse a lo resuelto en la sentencia C-090 de 2022

ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMA EL RÉGIMEN DE CONTROL FISCAL-Alcance de las facultades legislativas extraordinarias conferidas al Presidente de la República

DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos

REVIVISCENCIA DE NORMAS DEROGADAS-Jurisprudencia constitucional

DECLARACION DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos hacia el futuro

Referencia: expediente D-14388

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 2, 45 a 52, 124 (parcial) y 126 (parcial) del Decreto Ley 403 de 2020 “por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y de conformidad con los requisitos y trámites previstos por el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Trámite de admisión

1. El 9 de agosto de 2021, Jerónimo Ocampo Meléndez (en adelante el “demandante”) presentó acción pública de inconstitucionalidad en contra de la totalidad del Decreto Ley 403 de 2020 “por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal” (en adelante el “Decreto Ley”). El demandante argumentó que el Decreto Ley es inconstitucional porque el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias otorgadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. En consecuencia, solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de la totalidad del Decreto Ley. En subsidio, solicitó que se declare la inexequibilidad de los artículos 2, 46 a 52, 124 (parcial) y 126 (parcial), puesto que, en su

criterio, estas disposiciones desconocen el principio de reserva de ley.

1. Por medio del auto de 30 de agosto de 2021, la magistrada sustanciadora inadmitió la demanda, porque consideró que los pretendidos cargos no cumplían con las exigencias argumentativas generales de las demandas de inconstitucionalidad. El 3 de septiembre de 2021, dentro del término legal, el demandante presentó escrito de corrección de la demanda. En este, precisó que dirigía el cargo por vulneración del parágrafo del artículo 268 "exclusivamente contra los artículos 45 a 52 del Decreto 403 de 2020"1, que no contra la integridad del mismo, como lo había planteado en su escrito inicial. No obstante, planteó algunos argumentos para sustentar la inconstitucionalidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 2, 124 y 126 del Decreto Ley. Además, aclaró que los argumentos relacionados con el desconocimiento del principio de reserva de ley no constituían una acusación independiente, sino que estaban "circunscrito[s] al cargo por exceso de la facultad de expedir decretos leyes"2.

1. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional decide la demanda de la referencia.

2. Normas demandadas

1. A continuación, se transcriben las disposiciones demandadas:

DECRETO 403 DE 2020

(Marzo 16)

Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el parágrafo transitorio del

artículo 268 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto

Legislativo 04 de 2019

(…)

DECRETA:

(…)

ARTÍCULO 2. Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Vigilancia fiscal. Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

Control fiscal: Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal,

sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establece la Constitución Política y la ley.

Objeto de vigilancia y control: Se entiende por objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.

Órganos de Control Fiscal: Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia.

(…)

ARTÍCULO 45. Sistemas de control fiscal. Para el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en el presente título.

Los sistemas de control podrán aplicarse en forma individual, combinada o total. Igualmente se podrá recurrir a cualesquiera otro generalmente aceptado.

PARÁGRAFO. Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial.

ARTÍCULO 46. Control financiero. El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

ARTÍCULO 47. Control de legalidad. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

ARTÍCULO 48. Control de gestión. El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

ARTÍCULO 49. Control de resultados. El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

ARTÍCULO 50. Revisión de las cuentas. La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Para efecto de la presente ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario.

El Contralor General de la República determinará las personas obligadas a rendir cuentas en materia fiscal y prescribirá los métodos, formas y plazos para ello.

No obstante lo anterior cada entidad conformará una sola cuenta que será remitida por el jefe del organismo respectivo a la Contraloría General de la República.

Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal si hay lugar a ello.

ARTÍCULO 51. Evaluación del control interno. La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la

calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

El Contralor General de la República reglamentará los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación, para lo cual tendrá en cuenta los lineamientos de política en materia de control interno.

PARÁGRAFO. Para efectos de la evaluación del control fiscal interno primarán los lineamientos impartidos por la Contraloría General de la República.

ARTÍCULO 52. Aplicación de los sistemas de control fiscal en sociedades con participación estatal. La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios de la gestión fiscal.

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO 1º. La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el artículo 94, 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en inciso primero del presente artículo.

PARÁGRAFO 2º. Lo dispuesto en este artículo se realizará sin perjuicio de la revisoría fiscal que se ejerce en ellas.

El informe del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas o junta de socios deberá ser remitido al órgano de control fiscal respectivo con una antelación no menor de diez (10) días a la fecha en que se realizará la asamblea o junta. Igualmente deberá el revisor fiscal presentar los informes que le sean solicitados por el contralor.

(…)

ARTÍCULO 124. Modificar el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

«ARTÍCULO 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

PARÁGRAFO. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad».

(…)

ARTÍCULO 126. Modificar el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

«ARTÍCULO 6º. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo».

(…)

3. Cargo único de inconstitucionalidad

1. El demandante sostiene que los artículos 2, 45 a 52, 124 (parcial) y 126 (parcial) del Decreto 403 de 2020 son “inconstitucionales por exceso de facultades extraordinarias”. Lo anterior, con fundamento en los siguientes tres argumentos:

1. Primero. Las disposiciones demandadas regulan asuntos que no están relacionados con las materias enlistadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución, el cual fue introducido por el Acto Legislativo 04 de 2019. Según el demandante, esta disposición constitucional habilitó al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley “exclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo”. En su criterio, esta norma habilitante establece dos limitaciones materiales para el ejercicio de las facultades extraordinarias que deben cumplirse de manera concurrente: (i) los decretos con fuerza de ley deben expedirse “para el desarrollo del acto legislativo exclusivamente” y (ii) “para los efectos de ese parágrafo”, es decir, únicamente para regular asuntos relacionados con las materias listadas en el parágrafo, que se refieren “específicamente a temas de salarios, personal, estructura de las entidades y presupuesto”3. El conector “y” funciona como “una conjunción copulativa que agrega dos requisitos de los decretos”4.

1. Segundo. La expresión para “el desarrollo de este acto legislativo” debe ser interpretada de forma “restrictiva”, por tres razones:

1. La redacción del parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución permite inferir que las facultades extraordinarias tenían un objeto “concreto, preciso y taxativo”. El constituyente derivado señalo que “exclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley”. El uso de los adverbios “exclusivamente” y “precisas” da cuenta de que su objeto era restringido. En el mismo sentido, señala que “el otorgamiento de estas facultades extraordinarias no se ubicó en un artículo separado del Acto Legislativo 4 de 2019”5, por lo

que no es posible desligar el objeto de las facultades de las materias que aparecen listadas en dicho parágrafo.

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (sentencia C-172 de 2017), la preservación del principio de separación de poderes y el principio democrático exigen que la "ley habilitante" sea interpretada de forma restrictiva. No es posible delimitar el alcance de la expresión "desarrollo del acto legislativo" a partir de interpretaciones "extensivas y analógicas" ni identificar "facultades implícitas". En este sentido, los considerandos del Decreto 403 de 2020 contienen "una lectura equivocada del parágrafo transitorio", debido a que el Gobierno entiende, "para expandir en exceso sus poderes como legislador, que sus facultades extraordinarias podían ejercerse para los efectos del parágrafo transitorio 'o' para el desarrollo del acto legislativo"6.

1. En el trámite de aprobación del Acto Legislativo 04 de 2019, "las ponencias en las que se explicó la inclusión de las facultades extraordinarias", justificaron su necesidad "haciendo referencia a la sentencia C-699 de 2016". En esta sentencia "se incorporaron los criterios restrictivos de interpretación de las facultades extraordinarias, tales como la conexidad y la necesidad estricta"7.

1. Tercero. Las disposiciones demandadas son inconstitucionales aun si se acepta que por medio del parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución el constituyente derivado habilitó al Presidente de la República a regular cualquier tema relacionado con "el desarrollo" del Acto Legislativo 94 de 2019. Según el demandante, aun en este escenario la expresión "desarrollo del acto legislativo" debe ser interpretada de forma restrictiva, en el sentido de que las facultades extraordinarias sólo comprenden la expedición de decretos con fuerza de ley respecto de materias del control fiscal que el Acto Legislativo 04 de 2019 haya modificado. El demandante sostiene que la reforma constitucional tuvo principalmente tres ejes temáticos: "(i) la inclusión de un nuevo modelo de control fiscal: el control fiscal concomitante y preventivo, complementario al control posterior y selectivo; (ii) la unificación

de competencias de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales y (iii) la asignación de funciones jurisdiccionales a la Contraloría General de la República para la determinación de la responsabilidad fiscal y el fortalecimiento del proceso de cobro coactivo”8. El Acto Legislativo no hizo “ninguna modificación de la Constitución en relación con el control fiscal de los particulares que administren recursos públicos”9.

1. Con fundamento en los anteriores argumentos, el demandante sostiene que las disposiciones acusadas del Decreto 403 de 2020 son inconstitucionales, puesto que “no regulan ninguno de los cinco temas previstos en el parágrafo transitorio, ni se relacionan con él” y, en cualquier caso, tampoco “desarrollan el acto legislativo”, porque se refieren a una materia que no fue modificada por este: el control fiscal de los particulares. La siguiente tabla sintetiza las consideraciones del demandante en relación con cada uno de los artículos que acusa10:

Art.

Art. 2 (parcial)

El demandante dirigió su acusación contra las siguientes expresiones: “y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos” previstas en los incisos 1º y 2º, así como la expresión “los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos”, contenida en el inciso 4º. En su criterio, la inclusión de los particulares como sujetos de vigilancia y control fiscal es inconstitucional, porque el control fiscal de particulares no es una de las materias enlistadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. Señaló que no puede presumirse una facultad implícita en la expresión “desarrollo de este acto legislativo” para imponer deberes y obligaciones fiscales a los particulares. Además, la regulación del control fiscal de los particulares requiere una reglamentación específica que “tenga en cuenta el ciclo de los recursos públicos”11, por lo que corresponde al legislador ordinario12.

Art. 45

El artículo 45 regula los sistemas de control fiscal, lo cual no guarda relación con ninguno de los temas mencionados en el parágrafo. De otro lado, esta disposición no especifica “los sujetos a los cuales estos sistemas les pueden ser aplicados”, lo cual implica que incluye a los particulares, según lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto.

Art. 46

El artículo 46 “se refiere específicamente a la definición del control financiero, no tiene que ver ninguno de los temas mencionados en el parágrafo”. El parágrafo no menciona el control financiero y “este tipo de control además no fue objeto de modificación en el Acto Legislativo 4 de 2019”. De otro lado, este artículo dispone que será aplicable a las “entidades”, sin especificar si estas deben ser públicas o privadas. Por lo tanto, esta expresión debe ser “leída en conjunto con el artículo 2 del Decreto 403 de 2020, que comprende a los particulares como sujetos de control fiscal”.

Art. 47

El artículo 47 establece una definición del control de legalidad. Este control no forma parte del listado de materias cuya regulación fue encomendada al Presidente de la República, no fue modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019 y no tiene relación con los temas enlistados en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. Los sujetos a quienes es aplicable este artículo son las “entidades” las cuales cobijan a particulares.

Art. 48

El artículo 48 se refiere a la definición del “control de gestión” el cual (i) no se menciona en el artículo 268 de la Constitución y (ii) no tiene ninguna relación con las materias previstas en dicha disposición. Los sujetos a quienes es aplicable este artículo son las “entidades”, dentro de las que se encuentran comprendidos los particulares.

Art. 49

El artículo 49 dispone que el control de resultados es el “examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un periodo determinado”. El parágrafo del artículo 268 no menciona el control de resultados, y este tipo de control

además no fue objeto de modificación en el Acto Legislativo. Esta disposición es aplicable a todos los “sujetos de la vigilancia” dentro los que se incluyen a los particulares.

Art. 50

El artículo 50 define la revisión de cuentas. La regulación de la revisión de cuentas no está relacionada con ninguna de las materias enlistadas en el parágrafo transitorio. Este artículo es aplicable a los “responsables del erario”, expresión que leída en conjunto con el artículo 2º comprende a los particulares.

Art. 51

El artículo 51 define la evaluación del control interno como un análisis de los sistemas de control “de las entidades sujetas a la vigilancia”. El control interno (i) “no tiene que ver con ninguno de los temas mencionados en el parágrafo”, (ii) no es un asunto que haya sido objeto de modificación por el Acto Legislativo y, por último, (iii) incluye a particulares, como entidades que son sujetos a vigilancia.

Art. 52

El artículo 52, que se refiere específicamente a la aplicación de los sistemas de control fiscal a las sociedades de economía mixta, (i) no tiene que ver con ninguno de los temas mencionados en el parágrafo del artículo 268, (ii) el parágrafo no menciona a las sociedades de economía mixta y (iii) “la aplicación de estos sistemas de control posterior y selectivo no fue objeto de modificación en el Acto Legislativo 4 de 2019”.

Art. 124

El artículo 124 regula el proceso de responsabilidad fiscal. Dicho proceso no fue objeto de modificación por el Acto Legislativo 4 de 2019, razón por la cual las facultades extraordinarias no podían ser ejercidas para modificarlo. Además, esta disposición amplió “las categorías de particulares que podrían ser fiscalmente responsables”.

Art. 126

El artículo 126 se refiere al daño patrimonial al Estado. Esta disposición “amplía el universo

de particulares que pueden ser responsables fiscalmente”.

1. En tales términos, el demandante solicita que la Corte declare la inexequibilidad de los artículos 2 (parcial), 45 a 52, 124 (parcial) y 126 (parcial) del Decreto Ley 403 de 2020. En subsidio, solicita la constitucionalidad condicionada de la expresión “una entidad” del artículo 46, la expresión “una entidad” del artículo 47, la expresión “las entidades” del artículo 48, la expresión “los sujetos de vigilancia” del artículo 49, la expresión “los responsables del erario” de los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 50, la expresión “entidad” del artículo 50 y la expresión “las entidades sujetas a la vigilancia” del artículo 51. Lo anterior, en el entendido de que estas expresiones se refieren exclusivamente a entidades públicas y no a los particulares13.

3. Intervenciones

1. Durante el trámite del presente asunto, la Corte recibió 11 escritos de intervención. Un interviniente solicitó a la Corte declararse inhibida, 4 intervinientes consideran que las disposiciones acusadas son exequibles y 6 pidieron declarar su inexequibilidad14.

1. Solicitud de inhibición. La Contraloría General de la República sostiene que la demanda carece de certeza y especificidad. Lo primero, porque el texto de la norma reconoce que las facultades extraordinarias se conceden “para los efectos del presente parágrafo [parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución] y el desarrollo de este acto legislativo”. La interpretación restrictiva que realiza el demandante “no tiene sustento en el tenor literal del precepto habilitante”. Lo segundo, debido a que “el actor no se esfuerza en demostrar la falta de conexidad entre los preceptos demandados y el acto legislativo 04 de 2019”15.

1. Solicitudes de exequibilidad. La Auditora General de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad del Rosario consideran

que las disposiciones demandadas se ajustan a la Constitución, principalmente por cuatro razones.

1. El presidente se encuentra facultado no solo para expedir decretos con fuerza de ley sobre los temas que se relacionan en el parágrafo transitorio, sino respecto a todos los temas a los que se refiere el Acto Legislativo 04 de 2019. Al utilizar las expresiones "'la correcta implementación' [y] 'el fortalecimiento del control fiscal'", el constituyente derivado "autorizó [al] Presidente de la República a reglamentar todo lo relacionado con los aspectos modificados por la reforma constitucional de los artículos 267 y 268 que trazaron unos nuevos ejes en el control fiscal"16.

1. La intención del constituyente derivado no fue limitar las facultades extraordinarias a las cuestiones enunciadas de forma taxativa en el parágrafo transitorito, pues de lo contario, "así lo habría indicado en su redacción"17. El Acto Legislativo implementó una "reforma estructural al control fiscal", en consecuencia, "de la necesidad de unificar y armonizar las normas que regulan los procesos fiscales se expidió el Decreto 403 de 2020, el cual en desarrollo del Acto Legislativo 04 de 2020, (…) fortaleció el proceso de responsabilidad fiscal, el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal y el de jurisdicción coactiva"18.

1. La inclusión de los particulares, y cualquier persona, organización o sociedad que recaude, administre, maneje, disponga o invierta fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en las normas demandadas está justificada. Esto, debido a que, conforme a los artículos 1º y 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, estos "hacen parte del régimen constitucional del control fiscal y son sujetos de vigilancia y control por parte de los órganos de control fiscal", siempre y cuando funjan como "administradores de bienes y fondos públicos"19.

1. Solicitudes de inexequibilidad. La Universidad Pontificia Bolivariana, la Asociación

Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI) y los ciudadanos Blanca Fidelia Parra Carrillo, Juan Andrés Fernández Restrepo, Juan Manuel Ospina Gómez y Harold Sua Montaña (parcialmente) consideran que las normas demandadas son inexequibles. Argumentan que una interpretación gramatical de la redacción del parágrafo que concedió las facultades, así como una revisión de la jurisprudencia constitucional, conducen a concluir que el legislador "permitió a la presidencia de la república reglamentar el Acto Legislativo 04 de 2019 únicamente en lo concerniente al parágrafo transitorio del artículo 2". En este sentido, señalan que en la sentencia C-226 de 2021 esta Corte se inhibió de pronunciarse sobre el fondo, "por encontrar, justamente, que las facultades presidenciales extraordinarias allí previstas no podían entenderse de forma amplia respecto de todo el Acto Legislativo 04 de 2019, sino únicamente en relación con las materias delimitadas en el parágrafo transitorio". Además, las facultades extraordinarias fueron concedidas en un parágrafo y no en un artículo independiente. Finalmente, algunas gacetas del trámite legislativo de la reforma constitucional dan cuenta de que la redacción de las frases que concedían las facultades fue modificada con el propósito de delimitarlas.

4. Concepto del Ministerio Público20

1. El Viceprocurador General de la Nación solicita a la Corte proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, debido a que el cargo presentado por el demandante carece de pertenencia y suficiencia. Señala que el cargo está fundamentado en una interpretación de la habilitación, según la cual las facultades extraordinarias concedidas al Presidente se circunscribían, exclusivamente, a regular las materias enlistadas de forma taxativa en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución21. En criterio del Viceprocurador, la interpretación restrictiva que propone el demandante es equivocada, porque el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución dispone expresamente que las facultades fueron concedidas para "el desarrollo de este acto legislativo". Por lo tanto, una "lectura literal del parágrafo" permite concluir que la habilitación no excluía la posibilidad de que fueran reguladas "otras temáticas relacionadas con la reforma constitucional"22, diferentes a las enunciadas en dicha norma.

1. De otro lado, sostiene que la revisión del trámite de aprobación del Acto Legislativo 04 de 2019 permite advertir, a partir de una interpretación histórica, que desde la ponencia para primer debate en el Senado de fecha 27 de marzo de 2019, se preveía que esta reforma constitucional sería implementada, en su conjunto, por el Presidente de la República, lo cual se establecería en el parágrafo transitorio al artículo 268 de la Constitución. Esta disposición se mantuvo inalterada en el texto de plenarias y en el texto conciliado23. En criterio del Ministerio Público, esta lectura está soportada, además, por una interpretación teleológica y sistemática de la norma constitucional, la cual sugiere que las facultades extraordinarias fueron otorgadas al Presidente de la República para regular todos los asuntos a los que se refiere el Acto Legislativo, debido a que éste realizó una transformación estructural al régimen del control fiscal. Por esta razón, existía una "necesidad imperiosa de reformar las Leyes 42 de 1993 (sobre organización del sistema de control fiscal), 610 de 2000 (sobre el trámite del proceso de responsabilidad fiscal) y 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción)", mediante el Decreto 403 de 202024.

1. En tales términos, el Ministerio Público concluye que la interpretación restrictiva del demandante implica, de un lado, que el cargo no satisface la exigencia de pertinencia, habida cuenta de "la lectura parcializada de la norma utilizada como parámetro de control por el actor". De otro, que los argumentos para justificar la inconstitucionalidad carecen de suficiencia, pues no tienen "poder de persuasión y no generan duda sobre la conformidad con la Carta Política de las disposiciones acusadas"25.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Constitución no confiere de manera expresa a la Corte Constitucional, ni a ninguna otra autoridad judicial, la competencia para adelantar el control constitucional de decretos leyes expedidos por el Presidente de la República en virtud de facultades extraordinarias concedidas mediante actos legislativos. Esto, sin embargo, no implica que estos decretos estén exentos de control, puesto que en un Estado Social de Derecho es "inconcebible que

un acto de un poder constituido pudiese contrariar la Constitución y no obstante carecer de control” 26.

1. La Corte Constitucional ha reiterado en jurisprudencia pacífica y uniforme que es la autoridad judicial competente para adelantar el control constitucional de los decretos ley expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas mediante acto legislativo. Lo anterior, principalmente por dos razones:

1. Una “interpretación integral”27 del artículo 241 de la Constitución permite inferir que la Corte Constitucional tiene competencia para pronunciarse respecto de todos los decretos que tengan fuerza material de ley que son proferidos por el Presidente “en ejercicio de la función legislativa delegada y no como autoridad administrativa”28. Los decretos leyes expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas mediante acto legislativo tendrán fuerza material de ley si (i) así lo prevé expresamente la norma habilitante y (ii) se constata que están orientados “a expedir o modificar cuerpos normativos de carácter legal”29.

2. El artículo 237.2 de la Constitución dispone que el Consejo de Estado es competente para conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad en contra de decretos dictados por el Gobierno Nacional “cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Esta “cláusula de competencia residual”30 comprende los decretos expedidos por el Presidente como autoridad administrativa, no aquellos proferidos en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por medio de acto legislativo, pues estos decretos tienen fuerza material de ley, luego, no son actos administrativos.

1. La Sala Plena encuentra que es competente para adelantar el control constitucional de las disposiciones demandadas. Esto es así, debido a que estas forman parte del Decreto Ley 403 de 2020, el cual tiene fuerza material de ley. En efecto, este decreto fue proferido por el presidente de la República “en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el

parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución Política". El inciso 1º del parágrafo transitorio prevé que "[e]xclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley" (resaltado fuera del original). Así mismo, la Sala constata que las disposiciones demandadas tienen por objeto reproducir, compilar y modificar normas de rango legal, así como introducir al ordenamiento jurídico normas de igual jerarquía. Los artículos 45 a 52 del Decreto 403 de 2022 reproducen con algunos ajustes los sistemas de control fiscal que estaban previstos en la Ley 42 de 1993 y que fueron derogados por el artículo 166 del citado decreto. Por su parte, los artículos 124 y 126 modifican y adicionan la Ley 610 de 2000.

1. En tales términos, la Sala Plena considera que es competente para conocer la presente demanda de constitucionalidad.

2. Estructura de la decisión

1. La presente decisión tendrá la siguiente estructura. A título preliminar, como cuestiones previas, la Sala Plena examinará (i) la aptitud del cargo presentado por el demandante y (ii) la posible configuración de cosa juzgada constitucional en relación con algunas de las disposiciones demandadas (sección II.3 infra). Luego, estudiará si con la expedición de los artículos 45 a 52 del Decreto Ley 403 de 2020 el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. En esta sección, la Sala formulará el problema jurídico de fondo, determinará la metodología para solucionarlo y resolverá el caso concreto (sección II.4 infra).

3. Cuestiones previas

1. . Aptitud sustancial de la demanda

i. Requisitos generales de las demandas de inconstitucionalidad y exigencias argumentativas

1. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 prevé los requisitos generales de las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad. Al respecto, prescribe que estas deben señalar (i) las normas acusadas como inconstitucionales, trascribiéndolas literalmente por cualquier medio, o aportando un ejemplar de la publicación oficial; (ii) las normas constitucionales infringidas; (iii) las razones que sustentan la acusación, comúnmente denominadas "concepto de violación"; (iv) el trámite legislativo impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado, cuando fuere el caso y, por último, (v) las razones por las cuales la Corte es competente.

1. En la formulación del concepto de la violación el demandante debe (i) identificar las normas constitucionales vulneradas, (ii) exponer el contenido normativo de las disposiciones acusadas31 y (iii) expresar las razones por las cuales los textos demandados violan la Constitución. A partir de la sentencia C-1052 de 2001, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las razones que fundamentan el concepto de violación deben satisfacer cinco exigencias mínimas de argumentación: certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia32:

Carga

Contenido

Certeza

Exige que la acusación recaiga sobre una "proposición jurídica real y existente"33 y no esté basada en "interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos

demandados”34.

Claridad

Las palabras empleadas para formular los argumentos deben ser inteligibles o comprensibles35. Además, la exposición argumentativa debe seguir un hilo conductor lógico36 que “permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa”37.

Especificidad

Impone al demandante la carga de exponer argumentos concretos y precisos que sustentan la solicitud de inconstitucionalidad, no “genéricos o excesivamente vagos”38.

Pertinencia

La acusación debe estar fundada en la transgresión de una disposición constitucional39. El demandante debe plantear argumentos de “naturaleza estrictamente constitucional”40 y no de legalidad, “conveniencia o corrección de las decisiones legislativas”41.

Suficiencia

Exige que los argumentos formulados generen “una duda inicial sobre la constitucionalidad de la disposición demandada”42. La carga de suficiencia es un “criterio de cierre para definir la aptitud del cargo”43.

1. El cumplimiento de estas exigencias argumentativas debe ser constatado por la Corte a partir de un examen que articule la naturaleza pública e informal de la acción de inconstitucionalidad44, de un lado, y el carácter rogado de la misma45, de otro. Este estudio

es llevado a cabo en un primer momento por el magistrado o magistrada sustanciadora en la fase de admisión. Sin embargo, la Sala Plena es competente para examinar nuevamente la aptitud de la demanda al momento de proferir el fallo, en tanto “el análisis sobre la aptitud de los cargos en la fase de admisión de la demanda es apenas preliminar y no compromete ni limita la competencia del Pleno de la Corte para pronunciarse sobre este punto en la sentencia”46. La constatación de falencias argumentativas en la formulación del concepto de violación impide que la Corte adelante un estudio de fondo y, en consecuencia, conduce a un fallo inhibitorio.

i. Examen de aptitud del cargo

1. La Sala Plena encuentra que el cargo por el presunto exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución es parcialmente apto. En concreto, la acusación formulada en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto 403 de 2022 carece de certeza y, por lo tanto, no permite adelantar un estudio de fondo sobre la disposición demandada. En contraste, las alegaciones presentadas en contra de los artículos 45 a 52 sí satisfacen las exigencias mínimas de argumentación y superan el examen de aptitud47.

1. Ineptitud de la acusación formulada en contra del artículo 2º. El demandante alega que las siguientes expresiones del artículo 2º del Decreto Ley 403 de 2020 son contrarias a la Constitución: (i) la expresión “y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos” previstas en los incisos 1º y 2º y (ii) la expresión “los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos”, contenida en el inciso 4º. En su criterio, estas expresiones incluyen a los particulares como sujetos de vigilancia y control fiscal, lo cual es inconstitucional, porque el control fiscal de estos sujetos no es una de las materias enlistadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución.

1. En criterio de Sala Plena, esta alegación carece de certeza, porque no recae sobre una proposición jurídica real y existente. La acusación del demandante está basada en una premisa equivocada: el artículo 2º del Decreto Ley 403 de 2020 introdujo una modificación al sistema de control fiscal consistente en incluir a los particulares como sujetos de este control. Esto no es cierto. Los particulares han sido sujetos de control fiscal desde el año 2000, con la expedición del Decreto Ley 267 de 2000. El artículo 4º de este decreto dispone que son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República "(…) los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos". Esta norma, por lo demás, se ha mantenido inalterada desde entonces y fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1176 de 2004.

1. En tales términos, a diferencia de lo que afirma el demandante, no es cierto que el artículo 2º del Decreto 403 de 2020 haya introducido por primera vez a los particulares como sujetos de control fiscal. De este modo, dado que la acusación está fundada en un efecto normativo que la disposición demandada objetivamente no tiene, la Sala Plena se inhibirá de emitir un pronunciamiento de fondo.

1. Aptitud del cargo formulado en contra de los artículos 45 a 52. El cargo formulado en contra de los artículos 45 a 52 es apto, debido a que satisface las exigencias de argumentación desarrolladas por la Corte Constitucional.

1. Claridad. El cargo es claro, porque las acusaciones siguen un hilo de argumentación lógico. En efecto, a título preliminar, el demandante expuso las razones por las cuales considera que el constituyente derivado confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias con el objeto exclusivo y preciso de regular y desarrollar las materias enlistadas en el

parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. Luego, expone los motivos que, en su criterio, permiten concluir que la expresión para “el desarrollo de este acto legislativo” debe ser interpretada de forma restrictiva y no cobija la regulación del control fiscal sobre particulares. Por último, con fundamento en estas consideraciones, explica por qué considera que cada una de las disposiciones demandadas es inexequible.

1. Certeza. El cargo satisface la carga de certeza, porque las acusaciones recaen sobre proposiciones jurídicas reales y existentes. La simple lectura de estas normas da cuenta de que efectivamente regulan, como lo sostiene el demandante, materias relacionadas con los sistemas de control fiscal, financiero, de legalidad, de gestión y de resultados (artículos 45, 46, 47, 48 y 49), la revisión de cuentas (artículo 50), la evaluación del control interno (artículo 51) y la aplicación de los sistemas de control fiscal en las sociedades con participación del Estado (artículo 52). En tales términos, la interpretación que de las normas demandadas hace el actor no es subjetiva, caprichosa o arbitraria.

1. Especificidad. El cargo es específico porque el demandante sustenta su solicitud en argumentos concretos. De un lado, el demandante expone de forma precisa las razones por las cuales considera que la habilitación prevista en el artículo 268 de la Constitución es de interpretación restrictiva. De otro lado, la Sala constata que el demandante (i) identificó las materias enlistadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución, (ii) específico los asuntos que las disposiciones demandadas regulan y (iii) expuso sucintamente los motivos por los cuales considera que entre las primeras y las segundas no existe conexidad (ver fundamento 10 supra).

1. Pertinencia. La acusación satisface la carga de pertinencia, dado que el demandante contrasta el contenido de las normas demandadas con un parámetro de constitucionalidad: el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución, que es la norma en la cual está contenida la habilitación. Así mismo, el demandante sustentó su solicitud en sentencias de la Corte Constitucional que, en su criterio, dan cuenta de que la interpretación del objeto de las

facultades extraordinarias debe ser restrictiva. Este argumento es de naturaleza estrictamente constitucional; no de legalidad, conveniencia o corrección de las decisiones legislativas.

La Sala reconoce que existe un debate legítimo en relación con la interpretación del alcance de las facultades extraordinarias entre el demandante y los intervinientes. De un lado, el Ministerio Público, el Contralor General de la República, la Auditoría General de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Universidad Externado consideran que la interpretación del demandante es injustificadamente restrictiva y desconoce que, según el texto del artículo 268 de la Constitución, el Presidente está facultado para expedir decretos con fuerza de ley que tengan por objeto el "desarrollo del acto legislativo". En contraste, el demandante y el resto de los intervinientes sostienen que la habilitación no tiene dicho alcance. La Sala estima que este debate debe ser resuelto en el fondo y no permite concluir que el cargo carece de aptitud, debido a que, al margen de su corrección, la hermenéutica que de la norma constitucional propone el demandante es prima facie razonable.

1. Suficiencia. El cargo es suficiente, puesto que, por las razones expuestas, logra generar una duda mínima de constitucionalidad de las disposiciones demandadas que exige a la Corte determinar el alcance de las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno Nacional y valorar si éste las excedió al expedir las normas acusadas.

1. En consecuencia, la Sala Plena concluye que el cargo formulado en contra de los artículos 45 a 52 del Decreto Ley 403 de 2020, por el presunto exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución para expedir decretos con fuerza de ley, es apto y permite adelantar un estudio de fondo.

3.2. Cosa juzgada

1. La cosa juzgada constitucional. El artículo 243 de la Constitución Política prevé que "los

fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional". En términos generales, existe cosa juzgada cuando la Corte ya ha emitido un pronunciamiento previo sobre la norma que es objeto de control constitucional. La jurisprudencia constitucional diferencia entre cosa juzgada formal y material. La primera –formal- se configura cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con el mismo texto normativo demandado48. La segunda -material- se presenta cuando existen dos disposiciones distintas que tienen identidad de contenido normativo, una de las cuales fue sometida, de manera previa, al control de constitucionalidad a cargo de esta Corte49. Son requisitos de la cosa juzgada, tanto formal como material: (i) la identidad de objeto (norma demandada), (ii) la identidad de cargos (norma presuntamente vulnerada) y (iii) la identidad del parámetro de control de constitucionalidad. Estos elementos son, en conjunto, condiciones necesarias y suficientes para declarar la cosa juzgada50.

1. El principal efecto de la cosa juzgada es "la prohibición e imposibilidad para el juez constitucional de volver a conocer y decidir de fondo sobre lo ya debatido y resuelto"51. Sin embargo, esta Corte ha señalado que los efectos varían dependiendo de si la norma fue declarada exequible o inexequible. En el primer caso, "en principio la Corte deberá estarse a lo resuelto en aquella providencia para garantizar la seguridad jurídica de sus decisiones"52. Lo anterior, salvo que se constate alguna de las excepciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, enervan la cosa juzgada53. En contraste, si la norma fue declarada inexequible, "la cosa juzgada será absoluta, toda vez que su declaratoria retira del ordenamiento jurídico la norma estudiada independientemente de los cargos invocados"54.

1. Cosa juzgada en relación con los artículos 124 y 126 del Decreto 403 de 2020. La Sala constata que en el presente asunto existe cosa juzgada formal y absoluta en relación con las expresiones demandadas de los artículos 124 y 126 del Decreto 403 de 2022, porque mediante la sentencia C-090 de 2022, esta Corte declaró su inexequibilidad. Esto implica que dichas disposiciones fueron retiradas del ordenamiento jurídico, por lo que la Sala ordenará estarse a lo resuelto en la sentencia C-090 de 2022.

4. Examen de constitucionalidad de las normas demandadas

1. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico:

¿El Presidente de la República excedió el objeto de la habilitación conferida en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución al expedir los artículos 45 a 52 del Decreto Ley 403 de 2020?

1. Metodología de decisión. Para resolver el problema jurídico planteado la Sala Plena empleará la siguiente metodología de decisión. En primer lugar, explicará el alcance de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019 (sección 4.1 infra). En segundo lugar, reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con la interpretación del contenido y alcance de la habilitación para dictar decretos con fuerza de ley que el constituyente derivado confirió al Presidente de la República por medio del parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución (sección 4.2 infra). En tercer lugar, examinará si las normas demandadas están comprendidas dentro del objeto de la habilitación (sección 4.3 infra). Por último, de encontrar que estas normas fueron expedidas en exceso de facultades extraordinarias y son inexequibles, examinará los efectos materiales de su inexequibilidad y adoptará las medidas que resulten pertinentes para evitar que esta decisión cause un vacío jurídico que obstaculice el control fiscal o debilite la protección del patrimonio público (sección 4.4 infra).

4.1. Contexto normativo – el Acto Legislativo 04 de 2019

1. Finalidad y objeto del Acto Legislativo 04 de 2019. El Acto Legislativo 04 de 2019 reformó la Constitución con el objeto de fortalecer y complementar el régimen del control fiscal. Esta reforma estuvo fundada en la necesidad de adaptar las instituciones del control fiscal a las "nuevas realidades de la administración de los recursos, que permitan mitigar las dificultades que actualmente se presentan para cumplir su objeto principal, esto es, la protección del recurso público en el marco de la lucha contra la corrupción"55. El trámite de aprobación del

Acto Legislativo da cuenta de que el constituyente derivado consideró que el modelo de control fiscal “posterior y selectivo” que estaba originalmente previsto en la Constitución de 1991 era insuficiente para lograr la efectiva y oportuna protección del patrimonio público. Lo anterior, debido a que (i) tenía por objeto exclusivo la reparación del daño fiscal, no la prevención del riesgo56, (ii) no operaba “sobre cualquier acto de la administración sino sobre algunos que se consideren”57 y (iii) era inidóneo para garantizar la adecuada destinación de los recursos públicos porque, una vez estos eran ejecutados indebidamente por la administración, la posibilidad de recuperación era muy baja58.

1. Reformas constitucionales implementadas por el Acto Legislativo 04 de 2019. El Acto Legislativo 04 de 2019 no introdujo una modificación integral al régimen del control y vigilancia fiscal. Únicamente implementó algunas reformas a los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución que se refieren principalmente a tres ejes temáticos: (i) el fortalecimiento de la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República, (ii) la “distribución de competencias internas del sistema de contraloría”59 y (iii) la adopción del control fiscal preventivo y concomitante, como mecanismo complementario al posterior y selectivo. Este nuevo mecanismo está basado en la prevención y anticipación del daño patrimonial, por lo que se lleva a cabo en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de las operaciones financieras y presupuestales60. La Corte Constitucional ha aclarado que el control preventivo y concomitante es excepcional y no es un mecanismo de coadministración o cogestión. La figura de la advertencia busca que las autoridades fiscales puedan identificar oportunamente los riesgos para que la administración pueda evaluar la situación y tomar los correctivos y así evitar que se genere un daño patrimonial. Sin embargo, las advertencias no son vinculantes y no constituyen un sistema de preaprobación o veto “respecto de las decisiones adoptadas por los gestores de recursos públicos”61 .

1. Las siguientes tablas sintetizan las principales reformas que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo a los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución62:

Reformas introducidas al artículo 267 de la Constitución

El artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019 adoptó las siguientes modificaciones al artículo 267 de la Constitución:

1. Incluyó la vigilancia fiscal como función pública, en cabeza de la Contraloría General;

2. Precisó que la vigilancia y el control fiscal ejercidos por la Contraloría General tienen por objeto los fondos o bienes públicos en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos;

3. Indicó que "la ley regulará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad".

4. Prescribió que el control ejercido por la Contraloría General de la República es "preferente" según lo defina la ley.

5. Introdujo la figura del control preventivo y concomitante y dispuso que la ley regulará su ejercicio, así como los sistemas y principios que le son aplicables.

6. Aclaró que la vigilancia de la gestión fiscal incluye "el seguimiento permanente del recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal".

7. Consagró el desarrollo sostenible como fundamento del control financiero, de gestión y resultados;

8. Estatuyó que la Contraloría General de la República tiene "competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que regule la ley".

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

11. Dispuso que el Congreso puede proveer las faltas temporales del cargo de contralor

general “que superen 45 días”.

12. Adicionó ciertos requisitos para ser elegido contralor general de la República;

13. Prohibió que pueda ser elegido contralor general quien se haya desempeñado como gestor fiscal del orden nacional en el año inmediatamente anterior a la elección.

Reformas introducidas a los artículos 268 y 271 de la Constitución

El artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019 adoptó las siguientes modificaciones a los artículos 268 y 271 de la Constitución, en relación con las funciones del Contralor General de la República:

1. Precisó que tiene la función de llevar un registro de la deuda de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios;

2. Especificó que le compete exigir informes sobre la gestión fiscal a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos;

3. Indicó que este tendrá prelación para ejercer la jurisdicción coactiva;

4. Adicionó que podrá promover investigaciones ante autoridades de tipo fiscal y que estas se adelantarán contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. Asimismo, que podrá solicitar la suspensión inmediata de los funcionarios mientas culminan los respectivos procesos fiscales;

5. Precisó que tiene la función de proveer, mediante concurso público, los empleos de carrera de la Contraloría General creados por ley, y que se prohíbe a los que intervienen en su postulación y elección dar recomendaciones personales y políticas para empleos en la entidad;

6. Le asignó la competencia de dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal;

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

8. Le otorgó la competencia de intervenir en los casos excepcionales previstos por la ley en las funciones de vigilancia y control de competencia de las contralorías territoriales, precisando que dicha intervención podrá ser solicitada por el gobernante local, la corporación de elección popular del respectivo ente territorial, una comisión permanente del Congreso de la República, la ciudadanía mediante cualquiera de los mecanismos de participación ciudadana, la propia contraloría territorial o las demás que defina la ley;

9. Le asignó la función de ejercer, directamente o a través de los servidores públicos de la entidad, las funciones de policía judicial que se requieran en ejercicio de la vigilancia y control fiscal en todas sus modalidades, precisando que la ley regulará la materia;

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

11. Por último, incluyó un parágrafo transitorio al artículo 268 de la Constitución (ver sección 4.3 infra).

El artículo 3º del Acto legislativo 4 de 2019, por su parte, adicionó que tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente los resultados de los ejercicios de vigilancia y control fiscal, así como los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías.

Reformas introducidas al artículo 272 de la Constitución

El artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019 adoptó las siguientes modificaciones al artículo 272 de la Constitución:

1. Dispuso la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República;

3. Señaló que les corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales garantizar la sostenibilidad fiscal de las respectivas contralorías que organicen;

4. Prescribió que la Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia;

5. Precisó que los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 superior en lo que sea pertinente y según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad, y que el control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley;

6. Modificó el proceso de elección de los contralores territoriales y dispuso que su periodo no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador o alcalde;

7. Introdujo dos disposiciones transitorias. La primera, según la cual la siguiente elección de todos los contralores territoriales se hará para un período de dos años. La segunda, dispuso que, en un término no superior a un año, la ley regulará el fortalecimiento financiero de las contralorías departamentales, municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación más cuota de fiscalización que aportarán los sujetos de control del respectivo departamento, distrito o municipio, y que esta ley será presentada por el Gobierno y la Contraloría General de la República.

Reformas introducidas al artículo 274 de la Constitución

El artículo 5º del Acto Legislativo 04 de 2019 adoptó las siguientes modificaciones al artículo 274 de la Constitución relacionadas con la Auditoria General de la República:

1. Dispuso que la vigilancia de la gestión fiscal por parte de la Auditoría General de la República se extiende a todas las contralorías territoriales;

2. Prescribió que la elección del auditor general se hará siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años;

3. Previó los requisitos para ser elegido auditor general de la República, así como las prohibiciones al efecto;

4. Finalmente, estableció, como disposición transitoria, que el período del auditor dispuesto en el artículo se aplicaría a quien fuera elegido con posterioridad a la promulgación del Acto Legislativo 04 de 2019.

1. En síntesis, el Acto Legislativo 04 de 2019 reformó los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución con el propósito de fortalecer y complementar el régimen del control fiscal, habida cuenta de que el modelo anterior (posterior y selectivo) era insuficiente para la protección del patrimonio público y la prevención del daño fiscal.

4.2. El alcance de las facultades extraordinarias conferidas al presidente por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia

1. El Artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo un parágrafo transitorio al artículo 268 de la Constitución, el cual dispone que:

“La asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y

su planta transitoria será equiparada a los de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional. Para la correcta implementación del presente acto legislativo, y el fortalecimiento del control fiscal, la ley determinará la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales, la ampliación de la planta de personal, la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas. Exclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley" (subrayado fuera del texto).

1. En las sentencias C-090 y C-113 de 2022, la Corte Constitucional delimitó la interpretación del alcance de la habilitación concedida al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley prevista en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. La Sala reconoció que la redacción de la norma habilitante no era clara en cuanto al alcance material de las facultades extraordinarias. Esto, porque no era posible inferir con certeza si (i) el objeto de la habilitación se circunscribía exclusivamente a la regulación de las materias contenidas en el parágrafo63 y (ii) el fortalecimiento del control fiscal y la correcta implementación del Acto Legislativo eran finalidades que la regulación expedida por el Presidente de la República debía perseguir o, por el contrario, formaban parte del objeto o ámbito material de la habilitación. Además, resaltó que no era claro si con la expresión "el desarrollo del acto legislativo" el constituyente buscó introducir una condición teleológica de la habilitación que restringiera el alcance de las facultades extraordinarias o, por el contrario, pretendía ampliar el objeto de la habilitación.

1. En tales términos, la Sala advirtió que la norma habilitante admitía tres interpretaciones diversas en relación con el objeto y condiciones de ejercicio de las facultades extraordinarias:

Interpretación

Fundamento

Interpretación 1

El ejercicio de las facultades extraordinarias está sujeto al cumplimiento de dos condiciones: (i) una condición temática, según la cual el Presidente de la República sólo puede regular las materias expresamente señaladas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución y (ii) una condición teleológica, en virtud de la cual la regulación debe tener como finalidad contribuir al "desarrollo del acto legislativo". La conjunción "y" prevista en el parágrafo transitorio tiene una función copulativa, es decir, que liga esa primera condición que restringe temáticamente el ejercicio de la facultad legislativa, con esa segunda condición teleológica que obliga a que, además, desarrolle el acto legislativo64.

Interpretación 2

El Presidente de la República estaba facultado para expedir decretos con fuerza de ley para regular tres grupos de materias: (i) la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal, (ii) las materias señaladas expresamente en el parágrafo transitorio y (iii) en términos generales, desarrollar el Acto Legislativo 04 de 2019. Esta interpretación es la que aparece plasmada en la parte motiva del Decreto Ley 403 de 2020.

Interpretación 3

El parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución habilitó al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para (i) regular las materias señaladas en dicho parágrafo y (ii) desarrollar el Acto Legislativo 04 de 2019 en cuanto a las materias que introdujo a la Constitución. El fortalecimiento del control fiscal y la correcta implementación del Acto Legislativo debían ser finalidades de la regulación, pero, en estricto sentido, no forman parte del objeto de la habilitación.

1. La Sala Plena encontró que, conforme a estos criterios, la interpretación que mejor armonizaba el sentido de la habilitación era la interpretación 3 supra, según la cual el objeto de la habilitación no comprendía cualquier materia relacionada con el fortalecimiento del control fiscal, sino únicamente (i) la regulación de las materias enlistadas en el parágrafo transitorio y (ii) el desarrollo legislativo de las modificaciones puntuales que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo a la Constitución. La Sala precisó que la habilitación para "desarrollar" estas modificaciones es de interpretación restrictiva, lo que implica que "debe entenderse referida a las materias que, en sentido estricto, fueron incorporadas a la Constitución por dicha reforma"67. De otra parte, la Sala aclaró que, en todo caso, el objeto de la habilitación no cobijaba aquellos asuntos cuya competencia regulatoria fue asignada al Congreso de la República de manera expresa por dicha reforma constitucional68. Esta conclusión se fundamentó en los criterios de interpretación gramatical, histórica, sistemática y teleológica.

1. Interpretación gramatical. La Sala Plena consideró que una lectura de la norma habilitante permitía concluir que, si bien la regulación de los asuntos referidos en el parágrafo transitorio debe tener por finalidad el desarrollo del acto legislativo, "las facultades extraordinarias también incluyen su desarrollo como objeto de regulación"69 (subrayado fuera del texto). Sin embargo, el "desarrollo del acto legislativo" debía ser interpretado de manera restrictiva, no extensiva o analógica, puesto que el texto de la habilitación incluye los vocablos "exclusivamente" y "precisas", encaminados a restringir el objeto y el ejercicio de las facultades extraordinarias. Esto implicaba que el Presidente de la República sólo podía desarrollar e implementar las modificaciones puntuales que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo, no cualquier asunto relacionado con el fortalecimiento del control fiscal.

1. Interpretación histórica. La revisión del trámite de aprobación del Acto Legislativo 04 de 2019 demuestra que el constituyente derivado ciertamente se preocupó por "delimitar el

objeto de las facultades extraordinarias”70. La Sala resaltó que la norma habilitante fue introducida en la ponencia para el primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente, en los siguientes términos: “[p]ara los efectos del presente parágrafo y la reglamentación del acto legislativo, otórguense facultades extraordinarias, por el término de seis meses, al Presidente de la República”. Las múltiples modificaciones que se incorporaron al texto del parágrafo transitorio tuvieron el fin de precisar su alcance material. Sin embargo, en ningún momento dichos cambios se orientaron a suprimir de la norma habilitante la referencia al Acto Legislativo 04 de 2019 en tanto objeto de la delegación legislativa.

1. Interpretación sistemática. La Sala advirtió que en el parágrafo transitorio existen dos referencias al Acto Legislativo 04 de 2019. De un lado, se precisa que una de las finalidades que debe perseguir la regulación de los asuntos expresamente señalados en el parágrafo es “la correcta implementación del presente acto legislativo, y el fortalecimiento del control fiscal (...)”71. De otro lado, señala que se otorgan precisas facultades al presidente de la República “[e]xclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo” (negrilla fuera del texto original). En criterio de la Sala, la interpretación conjunta de ambas menciones permitía concluir que la primera referencia debía entenderse como una condición teleológica, en tanto finalidad que debe perseguir la regulación sobre las materias expresamente señaladas en el parágrafo. En contraste, la segunda referencia a la reforma debe comprenderse “como uno de los objetos a desarrollar en ejercicio de las facultades otorgadas al presidente”72.

No obstante, la Sala precisó que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el principio democrático, así como el de separación de poderes, exigen que la concesión de facultades extraordinarias al Presidente de la República sea excepcional. Por esta razón, la expresión “desarrollo del acto legislativo”, como objeto de la habilitación, debía interpretarse de forma restrictiva, lo cual implica que no es admisible que el juez constitucional “i) construya hermenéuticas que permitan atribuir la competencia legislativa con interpretaciones extensivas o analógicas; ii) identifique facultades implícitas derivadas de la ley habilitante; o iii) permita al Presidente de la República regular un ámbito de competencia del legislador ordinario a partir de un encadenamiento entre las materias objeto de concesión regulativa y las que trata el decreto ley”73. En criterito de la Sala, este canon de interpretación permite

concluir que la expresión “desarrollo del acto legislativo”, contenida en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución, habilita al Presidente de la República a regular e implementar, además de las materias enlistadas, las modificaciones puntuales al régimen del control fiscal que fueron introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019. En todo caso, los decretos con fuerza de ley que expedida el Presidente de la República deben tener una clara relación de conexidad con las materias previstas en el párrafo transitorio y las reformas constitucionales introducidas por el acto legislativo. Así mismo, no pueden versar sobre aquellas materias cuya regulación fue asignada de manera expresa al Congreso de la República74.

1. Interpretación teleológica. La concesión de las facultades tuvo como objeto lograr mayor celeridad en “la adaptación de las instituciones de control fiscal a las nuevas realidades de la administración de los recursos, que permitan mitigar las dificultades que actualmente se presentan para cumplir su objeto principal, esto es, la protección del recurso público en el marco de la lucha contra la corrupción” 75. Según la Sala Plena esta finalidad no sólo se persigue “al regular los asuntos contemplados en el parágrafo transitorio del artículo 268 superior, los cuales giran en torno a materias laborales, orgánicas y funcionales de las contralorías” sino “también corresponde a las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019 a la Constitución, en particular, en lo atinente al control fiscal preventivo y concomitante”76.

1. Con fundamento en estas consideraciones, en las sentencias C-090 y C-113 de 2022 se declaró la inexequibilidad de múltiples disposiciones del Decreto 403 de 2020. Lo anterior, debido a que regulaban asuntos tales como: trámites en el proceso de responsabilidad fiscal77; la posibilidad de reclamar perjuicios en los procesos penales pese a la caducidad de la acción fiscal o la prescripción de la responsabilidad fiscal; la suspensión de funcionarios por cuenta de investigaciones fiscales y el ejercicio de la jurisdicción coactiva por parte de los órganos de control fiscal, los cuales (i) no estaban relacionados con las materias enlistadas en el parágrafo transitorio y (ii) tampoco implementaban o desarrollaban ninguna de las modificaciones puntuales al régimen de control fiscal que el Acto Legislativo 04 de

2019 introdujo. En contraste, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 108 del Decreto Ley al encontrar que era el único que desarrollaba dicha reforma.

1. La siguiente tabla sintetiza las reglas de decisión fijadas por la Corte en las sentencias C-090 y C-113 de 2022 en relación con el alcance de la habilitación y las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución:

Objeto y alcance de la habilitación legislativa dispuesta en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución

1. El parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias para:

i. Regular las materias enlistadas en dicho parágrafo. Estas materias son:

a. La equiparación de la asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y su planta transitoria a las de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional;

b. La creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales;

c. La ampliación de la planta de personal;

d. La incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y, por último,

e. La modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas.

i. Desarrollar las modificaciones puntuales que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo al régimen constitucional de control y vigilancia fiscal.

1. El fortalecimiento del control fiscal y la lucha contra la corrupción son finalidades de la reforma constitucional que introdujo el Acto Legislativo 04 de 2019. La regulación que expida el Presidente de la República debe perseguir la materialización de estas finalidades. Sin embargo, estas materias no integran el objeto de la habilitación.

1. El carácter excepcional de las facultades extraordinarias en la Constitución, así como el principio democrático y de separación de poderes, exigen que el objeto de la habilitación sea interpretado de forma restrictiva. Esto implica que debe existir una clara relación de conexidad entre la regulación que expedida el Gobierno Nacional a través de decretos con fuerza de ley y las materias que conforman el objeto de la habilitación.

1. El objeto de la habilitación no cobija aquellos asuntos cuya competencia regulatoria fue asignada de manera expresa al Congreso de la República, a saber, (i) las apropiaciones progresivas que incrementarán el presupuesto de la Contraloría General de la República y (ii) las medidas para garantizar la autonomía presupuestal y la sostenibilidad financiera y administrativa de los organismos de control fiscal territoriales y el fortalecimiento financiero de las contralorías departamentales, municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación y de la cuota de fiscalización. El presidente de la República no está facultado para expedir decretos con fuerza de ley en relación con estos asuntos.

1. Análisis de constitucionalidad de las normas demandadas

1. En la presente sección, la Sala examinará si, al expedir el Título V del Decreto 403 de 2020 (arts. 45 a 52), el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. Para ello, en primer lugar, describirá el alcance y contenido de las disposiciones acusadas e identificará los cambios que introdujeron a la legislación anterior. Luego, determinará si estas disposiciones regulan materias comprendidas dentro del objeto de la habilitación.

i. Contenido y alcance de las disposiciones demandadas

1. El Título V del Decreto 403 de 2020 (arts. 45-52) regula los “Sistemas de control fiscal”. En particular, (i) enlista cuáles son los sistemas de control fiscal y establece la forma en la que estos deben ser aplicados (art. 45); (ii) define cada uno de los sistemas de control fiscal (art. 46-51) y (iii) regula su aplicación frente a las sociedades con participación estatal. La Sala Plena advierte que los artículos 45 a 52 reproducen, con algunas modificaciones puntuales y específicas, los artículos 9 a 18 y 21 a 24 de la Ley 42 de 1993. Estos artículos regulaban los sistemas de control fiscal aplicables al sistema posterior y selectivo, los cuales fueron derogados por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020. Las siguientes tablas comparativas evidencian esta situación:

Ley 42 de 1993

Decreto 403 de 2020

Parágrafo.- Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial.

ARTÍCULO 45. Sistemas de control fiscal. Para el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo

previsto en el presente título.

Los sistemas de control podrán aplicarse en forma individual, combinada o total. Igualmente se podrá recurrir a cualesquiera otro generalmente aceptado.

PARÁGRAFO. Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial.

Ley 42 de 1993

Decreto 403 de 2020

Artículo 10º.- El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

ARTÍCULO 46. Control financiero. El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

Ley 42 de 1993

Decreto 403 de 2020

Artículo 11º.- El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

ARTÍCULO 47. Control de legalidad. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Ley 42 de 1993

Decreto 403 de 2020

Artículo 12º.- El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

ARTÍCULO 48. Control de gestión. El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Ley 42 de 1993

Decreto 403 de 2020

Artículo 13º.- El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

ARTÍCULO 49. Control de resultados. El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

Ley 42 de 1993

Artículo 14º.- La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Artículo 15º.- Para efecto de la presente Ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario.

Artículo 16º.- El Contralor General de la República determinará las personas obligadas a rendir cuentas y prescribirá los métodos, formas y plazos para ello.

No obstante lo anterior cada entidad conformará una sola cuenta que será remitida por el jefe del organismo respectivo a la Contraloría General de la República.

Artículo 17º.- Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal.

ARTÍCULO 50. Revisión de las cuentas. La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Para efecto de la presente ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los

documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario.

El Contralor General de la República determinará las personas obligadas a rendir cuentas en materia fiscal y prescribirá los métodos, formas y plazos para ello.

No obstante lo anterior cada entidad conformará una sola cuenta que será remitida por el jefe del organismo respectivo a la Contraloría General de la República.

Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal si hay lugar a ello.

Ley 42 de 1993

Decreto 403 de 2020

Artículo 18º.- La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

El Contralor General de la República reglamentará los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación.

ARTÍCULO 51. Evaluación del control interno. La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la

calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

El Contralor General de la República reglamentará los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación, para lo cual tendrá en cuenta los lineamientos de política en materia de control interno.

PARÁGRAFO. Para efectos de la evaluación del control fiscal interno primarán los lineamientos impartidos por la Contraloría General de la República.

Ley 42 de 1993

Decreto 403 de 2020

Artículo 21º.- La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente Ley.

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

Parágrafo 1º.- En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el Estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

Parágrafo 2º.- La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

Artículo 22º.- La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el Decreto 130 de 1976, diferentes a las de economía mixta, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en el artículo anterior.

Artículo 23º.- En las sociedades y demás entidades a que hacen referencia los artículos 21 y 22, la vigilancia de la gestión fiscal se realizará sin perjuicio de la revisoría fiscal que, de acuerdo con las normas legales, se ejerza en ellas.

Artículo 24º.- El informe del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas o junta de socios deberá ser remitido al órgano de control fiscal respectivo con una antelación no menor de diez (10) días a la fecha en que se realizará la asamblea o junta. Igualmente deberá el revisor fiscal presentar los informes que le sean solicitados por el Contralor.

ARTÍCULO 52. Aplicación de los sistemas de control fiscal en sociedades con participación estatal. La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios de la gestión fiscal.

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO 1º. La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el artículo 94, 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado.

En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en inciso primero del presente artículo.

PARÁGRAFO 2º. Lo dispuesto en este artículo se realizará sin perjuicio de la revisoría fiscal que se ejerce en ellas.

El informe del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas o junta de socios deberá ser remitido al órgano de control fiscal respectivo con una antelación no menor de diez (10) días a la fecha en que se realizará la asamblea o junta. Igualmente deberá el revisor fiscal presentar los informes que le sean solicitados por el contralor.

1. Como puede verse, los artículos 45 a 52 reproducen casi en su totalidad los artículos 9 a 18 y 21 a 24 de la Ley 42 de 1993, los cuales regulaban los sistemas de control aplicables al sistema posterior y selectivo. Únicamente se introdujeron las siguientes modificaciones puntuales a los artículos 9º (reglas generales) y 18 (evaluación de control interno) de la Ley 42 de 1993:

1. Modificaciones a las reglas generales sobre los sistemas de control fiscal. El artículo 45 del Decreto 403 de 2020 reprodujo el artículo 9 de la Ley 42 de 1993 con tres modificaciones esenciales: (i) dispuso que los sistemas de control también serían aplicables para el ejercicio de la vigilancia fiscal, (ii) previó que también podía recurrirse a cualquier otro sistema generalmente aceptado y (iii) aclaró que estos sistemas podían aplicarse de forma individual, combinada o total.

2. Modificaciones a la evaluación de control interno. El artículo 51 del Decreto 403 de 2020 reprodujo el artículo 18 de la Ley 42 de 1993 –evaluación de control interno– con dos modificaciones puntuales: (i) señaló que para reglamentar los métodos y procedimientos para llevar a cabo la evaluación de control interno, el contralor general “tendrá en cuenta los

lineamientos de política en materia de control interno” y (ii) precisó que “[p]ara efectos de la evaluación del control fiscal interno primarán los lineamientos impartidos por la Contraloría General de la República”.

i. Examen de la Sala

1. La Sala Plena considera que el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias al expedir los artículos 45 a 52 del Decreto 403 de 2020. Estas disposiciones regulan materias que no están comprendidas dentro del objeto de la habilitación conferida por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. Esto, por dos razones:

1. Primero. Los artículos 45 a 52 no regulan ninguna de las materias enlistadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución Política. Estas disposiciones regulan los sistemas de control fiscal (arts. 45 a 51) y su aplicación en sociedades con participación estatal (art. 52), las cuales no guardan ninguna relación con (i) la equiparación de la asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República ni de su planta transitoria a las de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional; (ii) la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales; (iii) la ampliación de la planta de personal; (iv) la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y (v) la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas.

1. Segundo. Los artículos 45 a 52 no desarrollan ninguna de las modificaciones puntuales que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo al régimen constitucional del control fiscal. El Acto Legislativo 04 de 2019 incorporó al ordenamiento constitucional un nuevo modelo de control fiscal –el concomitante y preventivo– y dispuso, en su artículo 1º, que “[l]a ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control [fiscal]”. Esta reforma

constitucional no implementó modificación alguna al modelo de control posterior y selectivo. En criterio de la Sala Plena, esto implicaba que el Presidente de la República estaba facultado para regular, exclusivamente, los sistemas de control aplicables al nuevo modelo de control preventivo y concomitante. El constituyente derivado no le confirió facultades extraordinarias para regular los sistemas aplicables al modelo posterior y selectivo.

1. No obstante, a través de los artículos 45 a 52, el Presidente de la República reguló los sistemas del modelo posterior y selectivo; no aquellos aplicables al modelo preventivo y concomitante. En efecto, como se evidencia en las tablas precedentes (ver fundamento 50 supra) los sistemas de control previstos en los artículos 45 a 52 son los mismos sistemas que, antes del Acto Legislativo 04 de 2019, ya existían y eran aplicables al modelo posterior y selectivo. Estos artículos únicamente introdujeron algunas modificaciones puntuales a los artículos 9º (reglas generales) y 18 (evolución de control) de la Ley 42 de 1993, las cuales no tienen ninguna relación con el modelo preventivo y concomitante.

1. Así mismo, la Sala advierte que todos los sistemas de control fiscal previstos en los artículos 45 a 51 del Decreto 403 de 2020 tienen por objeto examinar, aplicando diferentes metodologías, conductas ya ejecutadas por los sujetos de control, no la prevención del daño. Por lo tanto, se insertan en la lógica del modelo posterior y selectivo y no contribuyen a alcanzar las finalidades del control preventivo y concomitante.

1. El sistema de control financiero (art. 46) tiene por objeto examinar si “los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera”78. Esta labor se lleva a cabo mediante la comparación entre las operaciones y transacciones ya realizadas con los estados financieros que las reflejan.

2. El sistema de control de legalidad (art. 47) busca constatar que las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole ya ejecutadas se hayan realizado

“conforme a las normas que le son aplicables”79.

3. El sistema de control de gestión (art. 48) es el examen de la “eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos”. Estas se evalúan a partir de los “procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”80.

4. El control de resultados (art. 49) es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período anterior determinado.

5. La revisión de cuentas (art. 50) es el estudio especializado de los “documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente” las operaciones ya realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, “con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones”81.

6. La evaluación de control interno (art. 51) es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, “con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos”82.

1. La finalidad del modelo preventivo y concomitante es prevenir el daño al patrimonio público, a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos83. Los sistemas de control previstos en los artículos 45 a 51 no son materialmente aptos para alcanzar esta finalidad, precisamente porque se insertan en el modelo posterior y selectivo que persigue una finalidad que, aunque complementaria, es diferente: vigilar la gestión que servidores y particulares realicen de los bienes públicos e iniciar procesos de responsabilidad fiscal cuando de dicha vigilancia se establezca que deben cargar con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares mediante un proceso de responsabilidad fiscal orientado a garantizar la reparación del daño. En este sentido, la Sala concluye que los artículos 45 a 52 no constituyen un desarrollo de los sistemas de control aplicables al modelo de control

preventivo y concomitante que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo.

1. Ahora bien, la Sala Plena reconoce que el artículo 55 del Decreto Ley 403 de 2020 dispone que el control concomitante y preventivo “se regirá por los principios y sistemas de la vigilancia y control fiscal teniendo en cuenta la calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio, mediante el conocimiento de la naturaleza de los sujetos vigilados, el marco regulatorio del respectivo sector y de sus procesos, la ciencia o disciplina académica aplicable a los mismos y los distintos escenarios en los que se desempeña”. En criterio de la Sala Plena, sin embargo, esto no demuestra que los artículos 45 a 52 sean material y efectivamente aptos para el desarrollo del modelo preventivo y concomitante o que permitan alcanzar sus finalidades. De otro lado, aun si se aceptara que estos sistemas también son aplicables al modelo preventivo y concomitante, las disposiciones acusadas serían igualmente inconstitucionales. Esto, porque la norma habilitante únicamente habilitaba al Presidente de la República para regular los sistemas aplicables al nuevo modelo, no para expedir una regulación integral de estos sistemas que también cobijara al sistema posterior y selectivo. En tales términos, las disposiciones exceden la habilitación bien porque regulan el modelo posterior y selectivo exclusivamente, o bien porque regulan de forma integral los sistemas de control aplicables a ambos modelos, no sólo al preventivo y concomitante.

1. En síntesis, la Sala Plena concluye que el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias e invadió la órbita del legislador ordinario al expedir los artículos 45 a 52 del Decreto 403 de 2020. Lo anterior, porque estas disposiciones (i) no regulan las materias enlistadas en el parágrafo transitorio y (ii) no desarrollan ninguna de las modificaciones que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo a la Constitución. Por lo tanto, las declarará inexequibles con efectos inmediatos y hacia el futuro.

1. Efectos materiales de la decisión de inexequibilidad. La reviviscencia de los artículos 9 a 18 y 21 a 24 de la Ley 42 de 1993

1. La reviviscencia es un fenómeno jurídico en virtud del cual una “norma derogada por una ley posteriormente declarada inexequible”84 se reincorpora al ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional ha precisado que la reviviscencia no es un efecto inmediato de las decisiones de inexequibilidad85. Son requisitos de la reviviscencia (i) la necesidad de la reincorporación de las normas derogadas con el objeto de (a) evitar vacíos normativos, (b) prevenir afectaciones o vulneraciones a derechos fundamentales y (c) garantizar la seguridad jurídica, así como la supremacía constitucional; y (ii) la constitucionalidad de las disposiciones que van a revivir.

1. Los artículos 45 a 52 del Decreto 403 de 2020 regulaban los sistemas de control fiscal, que son las herramientas jurídicas y materiales por medio de las cuales los órganos de control llevan a cabo su función constitucional de protección del patrimonio público. En este sentido, la declaratoria de inexequibilidad de estas disposiciones tiene la potencialidad de generar un vacío normativo que obstaculizaría el ejercicio del control y vigilancia fiscal y afectaría significativamente la salvaguarda de los recursos del Estado. En tales términos, la Sala Plena considera que en este caso debe operar la reviviscencia de los artículos 9 a 18 y 21 a 24 de la Ley 42 de 1993, los cuales fueron derogados por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020. La reviviscencia de estas normas es procedente pues estas son prima facie constitucionales.

III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. La demanda. El ciudadano Jerónimo Ocampo Meléndez presentó acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 2º (parcial), 45 a 52, 124 (parcial) y 126 (parcial) del Decreto 403 de 2020, “por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”. En su criterio, estas normas eran contrarias a la Constitución porque el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias otorgadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. De un lado, señaló que el artículo 2º era inexequible, porque había

dispuesto incluir a los particulares como sujetos de vigilancia y control fiscal, a pesar de que esta era una materia ajena a la norma habilitante. De otro lado, señaló que el resto de las normas demandadas eran contrarias a la Constitución, debido a que (i) regulaban materias diferentes a las enlistadas en dicho parágrafo y (ii) no desarrollaban ninguna de las reformas constitucionales al régimen de control fiscal implementadas por el Acto Legislativo 04 de 2019.

1. Cuestiones previas. La Sala Plena resolvió dos cuestiones previas: (i) la aptitud de la demanda y (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada:

1. Aptitud de la demanda. La Sala Plena consideró que las acusaciones formuladas en contra de los artículos 45 a 52 del Decreto Ley 403 de 2020 satisfacían las exigencias mínimas de argumentación desarrolladas por la jurisprudencia constitucional. En contraste, considero que el cargo formulado en contra del artículo 2º (parcial) no era apto, debido a que no satisfacía la carga de certeza. En criterio de la Sala Plena, la acusación formulada en la demanda no recaía sobre una proposición jurídica real y existente. A diferencia de lo que aseguraba el demandante, la inclusión de los particulares como sujetos de vigilancia y control fiscal no era un asunto nuevo que hubiera implementado el Acto Legislativo 04 de 2019 o el Decreto Ley 403 de 2020. El régimen de control fiscal anterior ya incluía a los particulares como sujetos de vigilancia y control fiscal. Por lo tanto, resolvió declararse inhibida para emitir un pronunciamiento en relación con esta disposición.

2. Cosa juzgada. La Sala Plena constató que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada formal y absoluta en relación con las expresiones demandadas de los artículos 124 y 126. Esto, porque mediante la sentencia C-090 de 2022, esta Corte había declarado la inexequibilidad de estas disposiciones. En consecuencia, resolvió estarse a lo resuelto en esta providencia en relación con estos artículos.

1. En criterio de la Sala Plena, la norma habilitante facultó el Presidente de la República para regular, exclusivamente, los sistemas de control del modelo de control preventivo y concomitante, no aquellos aplicables al sistema posterior y selectivo. No obstante, las disposiciones demandadas no implementaron nuevos sistemas de vigilancia y control fiscal, sino que se limitaron a reproducir en lo esencial los artículos 9 a 18 y 21 a 24 de la Ley 42 de 1993, los cuales preveían los sistemas de control y vigilancia fiscal aplicables al control posterior y selectivo. Estos sistemas no resultaban aplicables al modelo preventivo y concomitante porque tenían por objeto examinar, aplicando diferentes metodologías, conductas ya ejecutadas por los sujetos de control, no prevenir el daño fiscal ni garantizar la defensa y protección del patrimonio público. Por lo tanto, resolvió declarar la inexequibilidad con efectos inmediatos y hacía el futuro de los artículos 45 a 52 del Decreto Ley 403 de 2020.

1. Efectos de la sentencia en el tiempo. La Sala Plena aclaró que, de acuerdo con la regla general dispuesta en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, la decisión de inexequibilidad tendría efectos inmediatos y hacia el futuro. Así mismo, para evitar un vacío en relación los sistemas aplicables al control fiscal, lo cual afectaría la protección del patrimonio público, la Corte consideró necesario declarar que, en el presente caso, opera la reviviscencia de los artículos 9 a 18 y 21 a 24 de la Ley 42 de 1993, los cuales habían sido derogados por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020.

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-090 de 2022, mediante la cual la Corte declaró la inexequibilidad de los artículos 124 y 126 del Decreto Ley 403 de 2020.

SEGUNDO. Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la

constitucionalidad del artículo 2 (parcial) del Decreto Ley 403 de 2020.

TERCERO. Declarar INEXEQUIBLES los artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 52 del Decreto Ley 403 de 2020.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Referencia: Sentencia C-237 de 2022

Magistrada ponente:

Paola Andrea Meneses Mosquera

Con el debido respeto por las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, suscribo el presente salvamento parcial de voto en relación con la sentencia de la referencia.

Comparto la decisión de la Sala Plena de estarse a lo resuelto en la sentencia C-090 de 2022 en relación con los artículos 124 y 126 del Decreto Ley 403 de 2020 (resolutivo primero) y declarase inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo respecto del artículo 2º ibidem (resolutivo segundo). Sin embargo, a diferencia de lo concluido por la mayoría, encuentro que los artículos 45-52 eran exequibles (resolutivo tercero). Esto es así, porque, en mi criterio, (1) la declaratoria de inexequibilidad de estas disposiciones estuvo fundada en una interpretación del objeto de la habilitación prevista en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución que es irrazonablemente restrictiva y conduce al vaciamiento de las facultades extraordinarias que fueron conferidas al Presidente de la República para implementar el nuevo modelo de control fiscal. En cualquier caso (2), aun de aceptar dicha interpretación restrictiva, las disposiciones demandadas debían haber sido declaradas exequibles porque desarrollaban e implementaban modificaciones al régimen constitucional del control fiscal que fueron introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019 (en adelante el “Acto Legislativo”).

1. La mayoría de la Sala Plena adoptó una interpretación del objeto de la habilitación que es irrazonablemente restrictiva86.

El parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República “para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo” (subrayado fuera del texto). En criterio de la mayoría, la expresión “desarrollo de este acto legislativo” debía ser interpretada de forma restrictiva. Esto implicaba que la habilitación comprendía, exclusivamente, la implementación de las “modificadas puntuales” que Acto Legislativo introdujo al régimen de control y responsabilidad fiscal.

Discrepo de esta interpretación, porque el parágrafo transitorio no prevé que el Presidente de la República sólo pueda regular las modificaciones que fueron introducidas por el Acto Legislativo. Esta limitación al alcance de la habilitación tampoco se desprende de una interpretación sistemática, histórica y teleológica de la reforma constitucional. Por el contrario, tal y como lo expuse en los salvamentos de voto a las sentencias C-090 y C-113 de 2022 el texto del parágrafo transitorio, así como la revisión del proceso de aprobación de la reforma constitucional, demuestran que el constituyente derivado quiso conferir al Presidente de la República amplias facultades para la implementación del Acto Legislativo, lo que implicaba desarrollar de forma coordinada, coherente y articulada los dos modelos que integran el nuevo sistema de responsabilidad fiscal: el modelo preventivo y concomitante, de un lado, y el posterior y selectivo, de otro.

En este sentido, encuentro que la interpretación de la mayoría introdujo limitaciones temáticas al ejercicio de las facultades extraordinarias que no fueron previstas por el constituyente derivado. Considero que esto es inaceptable, porque no corresponde a la Corte Constitucional restringir el poder de reforma ni imponer al constituyente derivado obligaciones de precisión en la concesión de facultades extraordinarias para dictar reglamentos constitucionales autónomos. Por otra parte, encuentro que la estricta posición de la mayoría en la práctica supone un vaciamiento de la potestad del Presidente de la República. Lo anterior, porque la reglamentación de las temáticas que la Sala Plena identificó como “modificaciones que el Acto Legislativo introdujo a la Constitución Política”, (i) es

abiertamente insuficiente para materializar y poner en práctica, con la urgencia que destacó el constituyente derivado, la reforma al sistema de control fiscal y (ii) en este sentido, obstaculiza el fortalecimiento del control fiscal, el cual era la principal reforma del Acto Legislativo.

El artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019 dispuso que:

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. (subrayado fuera del texto)

Como puede verse, la principal modificación del artículo 1º del Acto Legislativo fue la inclusión a nuestro sistema constitucional de un nuevo modelo de control fiscal –el preventivo y concomitante– que debía articularse con el posterior y selectivo. Por esta razón, dispuso que la ley regularía su ejercicio y los sistemas y principios para cada modelo de control. Esto implicaba, según el precedente fijado en las sentencias C-090 y C-113 de 2022, que el desarrollo de los sistemas de control aplicables a cada modelo era una de las materias que debían ser implementadas por el Presidente de la República. Pues bien, los artículos 45-52 del Decreto Ley 403 de 2022 regulaban justamente eso: los sistemas de control fiscal, a saber: (i) el control financiero (art. 46), (ii) el control de legalidad (art. 47), (iii) el control de gestión (art. 48), (iv) el control de resultados (art. 49); (v) la revisión de cuentas (art. 50), (vi) la evaluación del control interno (art. 51) y (vii) la aplicación de tales sistemas a las sociedades con participación estatal. En mi criterio, esta simple comparación entre el texto del artículo 1º del Acto Legislativo y las materias reguladas por los artículos 45-52 era suficiente para concluir que las normas demandadas eran exequibles.

Ahora bien, la mayoría de Sala Plena consideró que, a pesar de que las disposiciones demandadas regulaban los sistemas de control, en todo caso eran inexequibles. Esto, al

considerar que no eran aplicables al control preventivo y concomitante pues no eran materialmente aptos ni estaban diseñados para prevenir el daño al patrimonio público. Por el contrario, únicamente reproducían los sistemas de control que ya estaban previstos en los artículos 9-24 de la Ley 42 de 1993 para el sistema de control posterior y selectivo, los cuales habían sido derogados por el artículo 166 de Decreto Ley 403 de 2022. En criterio de la mayoría, el Presidente de la República no estaba facultado para reproducir los sistemas aplicables al modelo de control posterior y selectivo y disponer que estos también serían aplicables al modelo preventivo y concomitante. Difiero de esta línea de argumentación, por las siguientes cuatro razones:

Primero. No es cierto que los sistemas de control regulados en las disposiciones demandadas no fueran aplicables al modelo preventivo y concomitante. Esto, porque el artículo 55 del Decreto Ley 403 de 2020 dispone expresamente que el control concomitante y preventivo "se regirá por los principios y sistemas de la vigilancia y control fiscal" previstos en los artículos 45 a 52. La decisión de la mayoría desconoció injustificadamente este artículo y, en este sentido, creó una evidente antinomia jurídica entre la sentencia y una norma de rango legal que dispone todo lo contrario a lo que decidió la Corte.

Segundo. La aptitud o eficacia de los sistemas de control para alcanzar la finalidad del modelo preventivo y concomitante es irrelevante para determinar si el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias que fueron conferidas por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. El control constitucional al exceso de las facultades extraordinarias busca determinar si las disposiciones demandadas están comprendidas dentro del objeto de la habilitación; no es un examen de idoneidad, aptitud, necesidad o eficacia de las normas con fuerza de ley expedidas por el Presidente de la República.

Tercero. La reproducción de legislación anterior no configura, per se, un exceso de facultades extraordinarias. Como se expuso, el artículo 1º del Acto Legislativo facultó de manera expresa al presidente de la República a regular los sistemas aplicables al control previo y concomitante. A dichos efectos, el presidente de la República tenía dos alternativas: (i) adoptar nuevos sistemas de control y vigilancia fiscal o (ii) mantener los que ya estaban vigentes y hacerlos extensivos al modelo preventivo y concomitante. Observo que el Presidente optó por la segunda opción de regulación normativa, lo cual es constitucional. No

existe ninguna norma en la Constitución que impida que, en ejercicio de facultades extraordinarias, el Presidente de la República reproduzca legislación anterior. La mayoría de la Sala tampoco justificó esta conclusión en la sentencia.

En conclusión, encuentro que la mayoría de la Sala Plena adoptó una aproximación en exceso restrictiva frente al alcance de las facultades extraordinarias concedidas por el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución. Esta aproximación no se deriva de la norma habilitante y está fundada en una interpretación de su objeto que desconoce el poder de reforma del constituyente derivado para otorgar facultades extraordinarias amplias al Presidente de la República para dictar reglamentos constitucionales autónomos. Lo anterior, al imponerle obligaciones de precisión en la norma habilitante que son ajenas a nuestro sistema constitucional. De otra parte, observo con preocupación que dicha interpretación condujo a la anulación de la potestad que el constituyente derivado confirió al Presidente de la República expresamente para reglamentar los sistemas de control aplicables al nuevo modelo de control preventivo y concomitante. Esta anulación es problemática porque debilita la protección del patrimonio público, la prevención del daño fiscal y el fortalecimiento urgente de las herramientas de control y vigilancia fiscal. Estas eran las finalidades de la reforma constitucional que el Acto Legislativo introdujo y que desafortunadamente la mayoría de la Sala desconoció. Por estas razones salvo parcialmente mi voto.

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

1 Escrito de corrección de la demanda, p. 2.

2 Ib., p. 10.

3 Escrito de demanda, p. 2.

4 Ib., p. 57.

5 Ib.

6 Ib.

7 Ib.

8 Ib., p. 76.

9 Ib., p. 65.

10 Estos argumentos fueron presentados en el escrito de subsanación de la demanda. El demandante no presenta esta tabla, sin embargo, para facilidad del lector, la Sala los sintetiza de esta forma.

11 Escrito de demanda, p. 79.

12 Aunque el demandante solo dirigió su acusación en contra de algunas expresiones del artículo 2 que se referían a los particulares como sujetos de vigilancia y control fiscal, la Sala entiende que dichos reproches son predicables respecto de la totalidad del artículo, por ende, en virtud del principio pro actione interpretará que los argumentos del demandante en contra del artículo 2 están dirigidos a demostrar la inexequibilidad de todo el artículo y no solo de algunas de las expresiones del mismo.

13 Escrito de la demanda, p. 85 y 86.

14 La Universidad del Rosario y el ciudadano Harold Sua Montaña solicitaron declarar inexequibles algunas de las disposiciones demandadas. Sin embargo, el análisis de los argumentos planteados por estos se realizará en el estudio concreto de cada disposición.

15 De forma subsidiara, la Contraloría General de la República solicitó declarar la exequibilidad de las normas demandadas.

16 Intervenciones de la Auditora General de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad del Rosario.

17 Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

18 Intervención de la Auditora General de la República.

19 Intervenciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Universidad del Rosario.

20 El 10 de noviembre de 2021, la Procuradora General de la Nación manifestó impedimento para rendir el concepto del que trata el artículo 278.5 de la Constitución. Explicó que se encontraba inmersa en la causal de impedimento prevista en el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991, por cuanto intervino en la expedición de la norma demandada y, en los términos de los artículos 115 y 208 de la Constitución, suscribió el decreto acusado en su otrora condición de Ministra de Justicia y del Derecho. Mediante el auto 1147 de 2021, la Sala Plena aceptó el impedimento y corrió traslado al Viceprocurador General de la Nación para que rindiera el concepto correspondiente.

21 Concepto del Viceprocurador General de la Nación, escrito del 24 de enero de 2022, p. 4.

22 Ib., p. 5.

23 Ib.

24 Ib., p. 6. Así mismo, señaló que en la sentencia C-226 de 2021, la Corte Constitucional explicó que el parágrafo transitorio “habilita al presidente para regular las materias referidas en la primera parte del parágrafo transitorio, pero además abre la posibilidad de que regule otros aspectos extraños a dichos contenidos, al señalar que podría legislar sobre cualquier asunto atinente al desarrollo del acto legislativo.

25 Ib., p. 7.

26 Corte Constitucional, sentencias C-970 y 971 de 2004.

27 Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2012.

28 Ib.

30 Corte Constitucional, sentencias C-090 y C-113 de 2022.

31 Cfr., Corte Constitucional, auto 300 de 2008 y sentencia C-089 de 2020.

32 Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001, reiterada en las sentencias C-247 de 2017, C-002 de 2018, C-087 de 2018 y C-221 de 2019.

33 Ib.

34 Ib.

35 Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2019.

36 Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001.

37 Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001, reiterada en las sentencias C-247 de 2017, C-002 de 2018, C-087 de 2018 y C-221 de 2019.

38 Ib.

39 Ib.

40 Corte Constitucional, sentencia C-049 de 2020.

41 Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001, reiterada en las sentencias C-247 de 2017, C-002 de 2018, C-087 de 2018 y C-221 de 2019.

42 Ib.

43 Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2019.

44 Corte Constitucional, sentencia C-048 de 2004.

45 Corte Constitucional, sentencias C-085 de 2018 y C-112 de 2019, entre otras.

46 Corte Constitucional, sentencia C-393 de 2019. Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-1115 de 2004, C-1300 de 2005, C-074 de 2006, C-929 de 2007, C-623 de 2008 y C-1123 de 2008.

47 En relación con los artículos 124 y 126 parciales, la Sala resolverá estarse a lo resuelto en la sentencia C-090 de 2022.

48 Corte Constitucional, sentencias C-489 de 2000 y C-106 de 2021.

49 Corte Constitucional, sentencias C-427 de 1996 y C-106 de 2021.

50 Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2015, C-007 de 2016, C-063 de 2018, C-187 de 2019 y C-106 de 2021.

51 Ib.

52 Corte Constitucional, sentencias C-071 de 2020 y C-191 de 2017.

53 Estas son: (i) la modificación del parámetro de control, lo cual sucede cuando se aprueban reformas constitucionales, (ii) el cambio en el significado material de la Constitución, que se relaciona con modificaciones en “el carácter dinámico de la Carta” y (iii) la variación del contexto normativo de la disposición o norma objeto de control.

54 Ib.

55 Id.

56 Corte Constitucional, sentencia C-140 de 2020.

57 Gaceta del Congreso N° 195 de 2019, Pág. 19.

59 Corte Constitucional, sentencia C-226 de 2021.

60 Corte Constitucional, sentencia C-140 de 2020.

61 Corte Constitucional, sentencia C-140 de 2020.

62 Este cuadro sintetiza las principales modificaciones introducidas al régimen constitucional de control fiscal, las cuales fueron identificadas por la Corte en la sentencia C-090 de 2022.

63 Estas materias son: (i) la equiparación de la asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y su planta transitoria a las de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional, (ii) la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales, (iii) la ampliación de la planta de personal, (iv) la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y, por último, (v) la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas.

64 Esta interpretación fue descrita por la Sala Plena en la sentencia C-226 de 2021.

65 Corte Constitucional, sentencia C-535 de 2012.

66 Ib.

67 Corte Constitucional, sentencias C-090 de 2022 y C-113 de 2022. “Frente al desarrollo de las modificaciones que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo a la Constitución en tanto objeto de la habilitación legislativa, la sentencia en comento precisó que ‘debe entenderse referida a las materias que, en sentido estricto, fueron incorporadas a la Constitución por dicha reforma’ (negrilla fuera del texto original). Esto, pues el Acto Legislativo 04 de 2019 “no señaló las modificaciones puntuales que introdujo a los artículos superiores que reformó, sino que dispuso, reproduciéndolos integralmente, cómo quedarían con los ajustes (…) [y en] lo material, no obstante, ello no significa que el citado acto legislativo haya modificado por completo los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución Política”. De hecho, dicha reforma constitucional “no remplazó integralmente los artículos constitucionales que reformó, sino que introdujo cambios específicos a su texto”, por lo cual ‘[e]s sobre los cambios puntuales sobre los que versa el objeto de la habilitación conferida al presidente a efectos de desarrollar el Acto Legislativo 04 de 2019. Esto es así (…) pues en virtud de la armonización entre los principios de colaboración armónica de los poderes públicos y su separación, debe primar una lectura restrictiva de la norma habilitante. Asumir lo contrario resultaría en derivar facultades que no están previstas explícitamente en la norma, lo cual le está terminantemente vedado al juez constitucional”.

68 La Sala resaltó que el Acto Legislativo señala que ciertas materias debían ser reguladas e implementadas por el Congreso de la República.

69 Corte Constitucional, sentencia C-090 de 2022.

70 Corte Constitucional, sentencia C-090 de 2022.

71 Ib.

72 Ib.

73 Corte Constitucional, sentencia C-249 de 2019.

74 El artículo 2 del Decreto 403 de 2020 señala que el legislador “expedirá, con criterios unificados, las leyes que garanticen la autonomía presupuestal y la sostenibilidad financiera y administrativa de los organismos de control fiscal territoriales y unas apropiaciones progresivas que incrementarán el presupuesto de la Contraloría General de la República”. Así mismo, el artículo 4 ejusdem prevé que una ley, que deberá ser presentada por el Gobierno y la Contraloría General de la República, regulará “el fortalecimiento financiero de las contralorías departamentales, municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación más cuota de fiscalización que aportarán los sujetos de control del respectivo departamento, distrito o municipio”. Corte Constitucional, sentencia C-090 de 2022.

75 Gaceta del Congreso Nro.153 de 2019.

76 Corte Constitucional, sentencia C-090 de 2022.

77 Al respecto, la sentencia C-090 de 2022 precisó que “estos procesos tienen lugar con posterioridad a la acción u omisión que presuntamente haya causado un daño al patrimonio público y, por tanto, se insertan dentro del modelo de control fiscal previsto en la Constitución con anterioridad a las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019, es decir, el control posterior y selectivo”.

78 Decreto 403 de 2020, art. 46.

79 Decreto 403 de 2020, art. 47.

80 Decreto 403 de 2020, art. 48.

81 Decreto 403 de 2020, art. 50.

82 Decreto 403 de 2020, art. 51.

83 Constitución Política, artículo 267. Al respecto, ver sentencia C-140 de 2020.

84 Corte Constitucional, sentencias C-402 de 2010, C-286 de 2014, C-394 de 2020 y C-113 de 2022.

85 Corte Constitucional, sentencias C-286 de 2014, C-133 de 2021 y C-084 de 2022

86 En este punto, reitero los argumentos que sustentaron mi salvamento de voto a las sentencias C-090 y C-113 de 2022.