



Radicado No: 2020110006311

Fecha: 01-04-2020

Bogotá,
110

Señor
HUMBERTO GARCÍA VEGA
hmbrtgrcv64@gmail.com

Referencia: Concepto 110.13.2020
SIA-ATC. 012020000098
Vigilancia y control fiscal
Vigilancia y control fiscal por parte de empresas privadas
Derogatoria de las leyes

Cordial saludo señor García:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico hmbrtgrcv64@gmail.com del 20 de febrero de 2020, radicado bajo el SIA-ATC. 2020000098, en el que solicita:

1. (...)

Se consulta lo siguiente:

¿Se puede entender que el artículo 67 La (sic) Ley 42 de 1993 fue derogado tácitamente por los artículos 160 de la ley (sic) 136 de 1994 y artículo 8º de la ley (sic) 330 de 1996?
(...)

2. (...)

Se consulta lo siguiente:

¿Se puede entender que el artículo 31 de la Ley 42 de 1993 fue derogado tácitamente por el acto legislativo (sic) No 4 de 2019?

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o

Cra. 57C No. 64A - 29, Barrio Modelo Norte, Bogotá D.C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 - Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

[f](#) auditoriageneral [t](#) auditoriagen [e](#) auditoriagen [b](#) auditoriageneralcol

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co

concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...”* (Negrilla fuera de texto).

Con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto:

1. Vigilancia y control fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia vigente (luego de la reforma dada por el Acto Legislativo 04 de 2019), determina:

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

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

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

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

*entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.
(...)*

La Ley 42 de 1993 “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, establece:

Artículo 4°. El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente Ley.

Artículo 5°. Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

*Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes.
(...)*

Artículo 8°. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un periodo determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

Artículo 9°. Para el ejercicio del 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 los artículos siguientes.

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.

Los sistemas de control fiscal establecidos en el artículo 9º, son definidos en los artículos 10 a 19 ibídem.

Es con la expedición 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”, que se define de manera clara la vigilancia y el control fiscal así:

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.

2. De la vigilancia y el control fiscal por parte de empresas privadas

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, primigenio, en lo pertinente estipulaba:

Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

*Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. **Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.** (Negrilla fuera de texto)*

En desarrollo del mandato constitucional, la Ley 42 de 1993 dispuso:

Artículo 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado. Estas serán escogidas por concurso de mérito en los siguientes casos:

a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.

b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.

c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

Parágrafo. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las calidades que deban reunir las empresas colombianas para el ejercicio del control fiscal pertinente.

*Los contratos se celebrarán entre el contralor respectivo y el concursante seleccionado con cargo al presupuesto del órgano de control fiscal correspondiente. La información que conozcan y manejen estos contratistas será de uso exclusivo del organismo de control fiscal contratante.
(Negrilla fuera de texto)*

Si bien el artículo 267 constitucional fue modificado por el artículo 22 del Acto Legislativo 02 de 2015, dicha modificación fue respecto de los incisos quinto y sexto, manteniendo incólume los incisos primero y segundo que son referentes al tema que nos ocupa, veamos:

Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

*Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. **Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.**
(Negrilla fuera de texto)*

No sucede lo mismo con la reforma introducida por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019, puesto que de dicha norma se suprime la autorización dada a las empresas privadas para ejercer dicho control en casos especiales, veamos el texto completo:

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

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

candidatos.

Congruente con la disposición superior, el Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, contempla:

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

(...)

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.

Obsérvese como en él se determina de manera diáfana cuales son los órganos de control fiscal, dentro de los cuales no se contempla a personas naturales o jurídicas de carácter privado.

Y es que desde el mismo proyecto de reforma constitucional presentado, se determinó la supresión de esta posible asignación a empresas privada, lo cual no tuvo justificación específica en el texto radicado, así como tampoco en las posteriores ponencias en primera y en segunda vuelta tanto de la Honorable Cámara de Representantes como del Honorable Senado de la República.

No obstante lo anterior, consideramos que dicha supresión es debida a: i) la naturaleza misma del control fiscal: pública; ii) al mismo fortalecimiento tanto de la Contraloría General de la República como de las contralorías territoriales que se pretende con la reforma constitucional de marras; iii) la misma organización del SINACOF; iv) al principio de competencia exclusiva, teniendo en cuenta que la vigilancia de los recursos públicos a través del control fiscal, así como el establecimiento de la responsabilidad fiscal, está asignada única y expresamente a las contralorías y a la Auditoría General de la República; y v) atendiendo lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 de 1995:

En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquella y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (artículos 1°, 2°, 103, inciso 3 y 270 de la C.P.). Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares (inciso 2o. art. 267, ibídem).

Este Despacho en el Concepto 110.04.2020 se pronunció respecto a los efectos de la modificación del artículo 267 constitucional contenida en el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019 en lo atinente a la vigilancia fiscal por parte de empresas privadas, así:

Con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 4 de 2019, la autorización de realizar la

vigilancia fiscal por parte de los privados, fue excluida, por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, esto es del 18 de septiembre de 2019, la vigilancia fiscal establecida en el artículo 267 superior no es posible a través de personas de derecho privado (particulares), dándose igualmente una derogatoria implícita de los artículos 31 a 34 de la Ley 42 de 1993, en que se reglamentaba.

3. De la derogatoria de las leyes

Respecto de este tema, este Despacho en Concepto No. 02 de 2020, igualmente por usted solicitado, se pronunció; no obstante, procedemos a ampliar dicho concepto.

La Constitución Política de 1991 estableció la supremacía de las normas constitucionales, así:

*Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.*

Respecto de la supremacía de la Constitución Política, la Corte Constitucional en Sentencia C-415 de 2012, se pronunció así:

3.1. Supremacía de la Constitución

3.1.1. La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental. Por eso, ha dicho la Corte:

*“La posición de supremacía de la Constitución - ha dicho esta Corporación - sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado”[4].
(negrilla en texto original)*

3.1.2. La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado:

La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden

jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4”. (negrilla en texto original)

(...)

Las consecuencias que se derivan del principio de supremacía- ha agregado esta Corporación - apuntan no sólo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella.

3.1.3. También el concepto de supremacía normativa de la Carta Política es definitorio del Estado Social y constitucional de Derecho. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, las autoridades no solo se hallan sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, en el ejercicio de sus competencias; también para la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente, ante dichas autoridades pueden los ciudadanos exigir la realización efectiva de los derechos constitucionales, algunos de los cuales son de “aplicación inmediata” -al tenor del artículo 85 constitucional-, merced, precisamente, a su fuerza normativa vinculante. De este modo, la supremacía normativa de las normas constitucionales se erige en un principio clave para la concreción del catálogo de derechos fundamentales y la efectividad de los demás derechos consagrados en la Carta Fundamental. En tal sentido, ha considerado la Corte:

Dicho de otro modo: la Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución), y en ese orden de ideas, el principio de supremacía da cabida a la consagración de garantías fundamentales como fines prioritarios del Estado, y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad.”[5](negrilla dentro del texto).

Tal jurisdicción especial no es otra que la jurisdicción constitucional, en cuyas decisiones deposita la propia Constitución la guarda de su integridad y supremacía.

Esta supremacía de la norma constitucional ya se encontraba en nuestro ordenamiento jurídico desde 1887 con la Ley 57, así:

Artículo 5°. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo

Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

El Código Civil colombiano establece:

ARTICULO 71. <CLASES DE DEROGACION>. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

ARTICULO 72. <ALCANCE DE LA DEROGACION TACITA>. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

La Ley 153 de 1887 introdujo la derogatoria orgánica en los siguientes términos:

“Artículo 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería.”

En la sentencia C-159 de 2004, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de los artículos 71 y 72 del Código Civil, que prevén la figura de la derogación clasificándola en expresa y tácita, declarándolos exequibles; y también se refirió al artículo 3° de la Ley 153 de 1887 que establece la derogación orgánica, en el siguiente sentido:

Estas normas tienen una razón de ser y no implican vulneración de ningún precepto constitucional, sencillamente, el Constituyente dejó en cabeza del legislador la facultad de interpretar, reformar y derogar las leyes (artículo 150 numeral 1). De tal manera que al derogar tácitamente una ley no se está incurriendo en una omisión, sino que por el contrario en ejercicio de su función legislativa, el Congreso, decide al crear una nueva ley que las disposiciones contenidas en la ley anterior, dejen de aplicarse, siempre y cuando no pueden conciliarse con la nueva.

Recuérdese, que una ley solo puede ser derogada por otra de igual o superior jerarquía. Además, cuando el legislador crea una nueva ley, tiene en cuenta la realidad del país y la conveniencia política y social, es por ello que en algunos eventos la norma derogada que cobijó situaciones surgidas bajo su vigencia, sigue produciendo efectos, los que van cesando con el paso del tiempo.

Lo anterior no significa que exista una inseguridad jurídica sobre qué norma hay que aplicar, pues es claro que “aunque el legislador goza de libertad de configuración, el ejercicio de esta facultad no es absoluto ni su ejercicio puede ser arbitrario, en tanto debe atender los límites fijados en la Constitución[4], según lo señala el artículo 4º superior al consagrar el principio fundamental de supremacía de la Carta Política, en cuya aplicación el Congreso no puede ejercer sus potestades sino con observancia de las limitaciones que surjan de la Constitución Política. En otras palabras, el legislador goza de libertad para señalar las formas propias de cada juicio en la medida en que no ignore en su

ejercicio las garantías básicas previstas por el Constituyente”.[5] (Sentencia C-309 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

La derogación no siempre puede ser expresa, pues ello implicaría confrontar cada nueva ley con el resto del ordenamiento. Es decir, se le exigiría al Congreso una dispendiosa labor que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas. (v gr. Sentencia C-025 de 1993)

No hay, en consecuencia, razón alguna para sostener que la derogatoria tácita de las leyes, quebranta la Constitución. Y por lo mismo, la Corte declarará exequible las disposiciones demandadas.

Así mismo, la Corte Constitucional respecto a la vigencia, derogatoria y criterios para resolver conflictos entre normas de la misma jerarquía, al revisar la constitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 43 de 1993 “Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en la Sentencia C-451 de 2015 dijo:

2.1.- Vigencia, derogatoria y criterios para resolver conflictos entre normas de la misma jerarquía.

2.1.1.- Para solucionar las tensiones y conflictos hermenéuticos entre disposiciones u órdenes normativos, concretamente en el caso de las leyes, la Ley 153 de 1887[6] fijó las siguientes reglas, que naturalmente deben ser interpretadas teniendo como base el artículo 4º de la Constitución[7]:

“ARTÍCULO 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, ú ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

ARTÍCULO 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.”

ARTÍCULO 3. Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia que la anterior disposición se refería”. (Resaltado fuera de texto)

En concordancia con ello, el artículo 5 de la ley 57 de 1887, que subrogó el artículo 10 del Código Civil, estableció:

“ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”. (Resaltado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, existen al menos tres criterios normativos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima sobre la inferior, (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general. Si se tiene en cuenta que la Ley 43 de 1993 (parcialmente acusada) y la Ley 1437 de 2011 (CPACA) tienen la misma jerarquía[8], es preciso evaluar con algún detalle los criterios cronológico y de especialidad.

2.1.2.- El criterio cronológico, como es fácil advertir, se halla estrechamente ligado a los conceptos de vigencia y derogatoria. La vigencia se refiere “al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento”[9]. La derogatoria, por el contrario, “es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior”[10], es decir, la remoción de una norma del ordenamiento jurídico por voluntad de su creador.

En el caso de las leyes, los artículos 71 y 72 del Código Civil identifican que la derogatoria puede operar en forma expresa o tácita[11]; esta última, a su vez, puede configurarse por incompatibilidad con el contenido de una nueva norma (*lex posterior derogat priori*) o ante la existencia de una regulación integral que la subsume. La jurisprudencia constitucional ha acogido esta distinción[12]. Por ejemplo, en la sentencia C-823 de 2006 la Corte explicó lo siguiente:

“[La] derogatoria es aquel efecto de una ley, determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior, la cual puede ser expresa o tácita. Este último evento tiene lugar al menos en dos hipótesis: (i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o (ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia (art. 3, Ley 153 de 1887). Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la derogatoria de una ley puede ser ‘expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o contrarias a la de la antigua, y la tercera cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley’ (C-634/96).”

En síntesis, (i) la derogatoria expresa requiere una norma posterior que de manera clara y concreta señale cuáles son las disposiciones que deja sin efectos a partir de su entrada en vigor; (ii) la derogatoria tácita supone –producto de un proceso de inferencia más complejo– que hay una norma posterior cuyo contenido es incompatible con la ley anterior; por su parte, (iii) la derogatoria orgánica –que también es tácita– se refiere a una regulación integral que subsume la regulación primigenia.

2.1.3.- A su turno, el criterio de especialidad permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales. Al respecto, por ejemplo, al referirse al carácter especial de las normas tributarias y su aplicación preferente justamente sobre el anterior Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional ha señalado:

“Ahora bien, con el objeto de contribuir a la solución de las contradicciones o antinomias que puedan presentarse entre las diferentes normas legales, las leyes 57 y 153 de 1887 fijaron diversos principios de interpretación de la ley, que en este caso pueden ser de recibo.

Entre los principios contemplados por las dos leyes mencionadas se encuentra el de que cuando en los códigos adoptados se hallen disposiciones incompatibles entre sí ‘la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general’ (numeral 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887). Esta máxima es la que debe aplicarse a la situación bajo análisis: el Código Contencioso Administrativo regula de manera general el instituto de la revocación directa de los actos administrativos y el Estatuto Tributario se refiere a ella para el caso específico de los actos de carácter impositivo”[13].

Con estos criterios la Sala procede a examinar lo relativo a la vigencia de la norma parcialmente acusada.

En igual sentido respecto a la vigencia de las leyes por cambio constitucional, la Corte Constitucional en sentencia C-348 de 2017, se pronunció así:

3.1 La Corte se ha referido al análisis de constitucionalidad de normas proferidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.[3] La demanda formulada plantea una incompatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 117 del Código Civil (Ley 87 de 1887) y en la Constitución de 1991 (artículos 5°, 13 y 43), razón por la cual es preciso señalar las reglas que ha desarrollado la jurisprudencia acerca del control material de disposiciones proferidas con anterioridad a la promulgación de la actual Carta.

Esta Corporación ha sostenido que si la demanda de inconstitucionalidad recae sobre una norma promulgada durante la vigencia de la Constitución de 1886, tal disposición debe ser analizada a la luz del nuevo diseño constitucional con el fin de establecer si existe una incompatibilidad material o sustancial entre esta y los principios que orientan el modelo fijado por el Constituyente de 1991. En otras palabras, la previsión normativa no es inexecutable por el simple hecho de hacer tránsito de un régimen constitucional a otro, sino que lo es cuando se evidencia que existe una discordancia sustancial entre dicho precepto y el reciente ordenamiento constitucional.[4]

En este sentido, la Corte ha manifestado que (a) los aspectos formales relacionados con disposiciones en vigencia de la Constitución de 1886 deben ser analizados a la luz de la Carta aplicable al momento de su expedición[5]; y (b) los aspectos materiales, se estudian conforme a la norma superior de 1991 siempre que las disposiciones acusadas estén vigentes, o de estar derogadas se encuentren produciendo efectos jurídicos. Sobre este aspecto, en la sentencia C-467 de 1993 se estableció que “(...) dicha jurisprudencia fue modificada en el sentido de precisar que si la demanda versa sobre preceptos legales derogados antes de entrar a regir la Constitución de 1991, pero que aún continúan produciendo efectos, la Corte tiene el deber de emitir pronunciamiento de fondo y en el evento de que la norma ya no los esté produciendo, la decisión ineludiblemente ha de ser inhibitoria por carencia actual de objeto”[6].

En suma, el control material de constitucionalidad sobre normas expedidas en vigencia de la Carta de 1886 se efectúa bajo los parámetros de la Constitución de 1991 siempre que se encuentren vigentes o cuando a pesar de haber sido derogadas aún se encuentran surtiendo efectos jurídicos.

(...)

De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, la derogación se ha definido como “el trámite que se

utiliza para eliminar la vigencia de una norma válida que pertenece al ordenamiento jurídico”.[16] Así, dicho fenómeno tiene como función “dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento”[17], por lo que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de la normas, por ejemplo cuando es declarada inexecutable, “sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes por el Congreso. Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del legislador. La derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo. Esto es precisamente lo que justifica que la Corte se pronuncie incluso sobre normas derogadas cuando éstas siguen produciendo efectos, con el fin de hacerlos cesar, por ministerio de la declaratoria de inexecutable, si tales efectos son contrarios a la Carta”.[18]

Así las cosas, la derogación es una figura que determina la existencia de una norma en un ordenamiento jurídico. Esa pertenencia de un enunciado prescriptivo es el presupuesto básico para iniciar un juicio de validez sobre una disposición de rango legal. Por ello, la Corte ha utilizado tal institución para identificar si tiene competencia para examinar la executable de una disposición de rango legal. Para ello, esta Corporación debe verificar la configuración de dicho fenómeno estático del derecho y, en caso que se supere dicho presupuesto, se evaluará si la previsión normativa continúa surtiendo efectos en el ordenamiento jurídico y, por lo que en este evento realizará el correspondiente estudio de constitucionalidad.[19] En este sentido, la sentencia C-353 de 2015, afirmó:

“La falta de vigencia de una norma es evidente cuando la derogatoria es expresa y esta no continúa prestando efectos jurídicos en el tiempo. Ante esta situación que ofrece seguridad jurídica plena, esta Corporación ha inadmitido la demanda por carencia de objeto o sustracción de materia, toda vez que la norma ha perdido fuerza ejecutoria, al ser excluida del ordenamiento jurídico.

No obstante, cuando la derogatoria es tácita, ya sea por la expedición de una norma posterior que es contraria a la anterior o por la entrada en vigor de una regulación integral sobre la misma materia, es necesario, vía interpretativa determinar si ha operado este fenómeno. En tal caso, si la norma en juicio continúa prestando efectos jurídicos es imperativo realizar el análisis correspondiente[20], pues la denominada carencia actual de objeto o sustracción de materia no siempre debe conducir a una decisión inhibitoria, pues en el evento en que la norma cuestionada haya perdido su vigencia formal, es probable que, desde el punto de vista material, la misma siga produciendo efectos jurídicos o, lo que es igual, continúe proyectándose ultractivamente. Este fenómeno normativo, sin lugar a duda es fuente generadora de incertidumbre jurídica.”

Esta Corporación ha manifestado que ante la configuración de una de las tres hipótesis descritas carecería de objeto pronunciarse sobre la disposición acusada, toda vez que la producción de efectos jurídicos de una norma es el presupuesto necesario para iniciar el juicio de constitucionalidad, al punto que es un paso previo de verificación, que de no satisfacerse, habría lugar a proferir un fallo inhibitorio.

En una más reciente decisión, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-140 de 2019, respecto a la derogatoria, dijo:

3.1. La derogatoria tácita (y la orgánica)

(...)

3.1.1. En términos generales la jurisprudencia ha explicado que la derogación normativa “tiene como

Cra. 57C No. 64A - 29, Barrio Modelo Norte, Bogotá D.C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 -Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

[f auditoriageneral](#) [t auditoriagen](#) [a auditoriagen](#) [b auditoriageneralcol](#)

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co

función “dejar sin efecto el deber ser de otra norma, **expulsándola** del ordenamiento. (...) es la **cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior**”, que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de la normas, por ejemplo, cuando es declarada inexecutable, “sino en **criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes**, y en especial, en relación con las leyes por el Congreso. Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la **libertad política del legislador**. La derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo. (...)”. (Énfasis fuera de texto)[136]

3.1.2. Como institución destinada a la supresión o modificación de las normas jurídicas, el artículo 71 del Código Civil prevé dos tipos de derogatoria: (i) la derogatoria expresa, que ocurre “cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua”; y (ii) la derogatoria tácita, “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”, cuestión esta última que se presenta en dos hipótesis que, como explicó esta Corporación, se configuran “por **incompatibilidad** con el contenido de una nueva norma (*lex posteriori derogat priori*) o ante la existencia de una **regulación integral** que la subsume.”(Énfasis fuera de texto)[137] Cuando la derogatoria tácita se configura con ocasión de la referida situación de regulación integral, la jurisprudencia ha convenido en denominarla como ‘**derogatoria orgánica**’.

3.1.3. En emblemático pronunciamiento del 28 de marzo de 1984 que ha sido reiteradamente acogido por la Corte Constitucional[138], la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que la derogatoria orgánica sucede cuando: “la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva disciplinaba. Empero, **el determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende, no tanto del mayor o menor número de disposiciones que contenga en relación con la antigua, sino de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior. (...) lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva.** Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece”. (Todo el énfasis es fuera de texto)[139]

3.1.4. Una breve síntesis de lo hasta ahora expuesto fue explicada en Sentencia C-823 de 2006[140], cuando –citando su propia jurisprudencia- la Corte recordó que: “[La] derogatoria es aquel efecto de una ley, determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior, la cual puede ser expresa o tácita. Este último evento tiene lugar al menos en dos hipótesis: (i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o (ii) cuando se produce una **nueva regulación integral de la materia** (L. 153/887, art. 3º). Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta corporación al señalar que la derogatoria de una ley puede ser ‘expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o contrarias a la de la antigua, y la tercera cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley’ (C-634/96)[141]”. (Énfasis fuera de texto)

De la normatividad y jurisprudencia relacionada, podemos concluir que la derogatoria de una ley se da de manera expresa cuando el legislador en la nueva normatividad así lo dispone de manera clara y expresa; y de manera tácita cuando esto no sucede, pero que se da en una de dos situaciones: i) las disposiciones de la nueva norma son abiertamente incompatibles con la anterior (derogatoria tácita simple); o ii) cuando la nueva norma regula de manera integral la materia (derogatoria tácita orgánica).

Para la determinación de la derogatoria tácita, se debe tener en cuenta además de las situaciones anotadas anteriormente, el principio de supremacía de la norma cuando dicha incompatibilidad o discrepancia se determine frente a normas de orden constitucional, evento en el cual, prima la norma constitucional por ser la Constitución “*norma de normarum*”, “*lex superior*”, basados en su criterio material al contener los principios fundamentales.

Así mismo, se debe tener en cuenta otro criterio que es el principio de la jerarquía de la norma, según el cual, la norma de rango inferior no puede contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior. Este criterio está basado en la pirámide kelseniana, según la cual en la cúspide o extremo superior se encuentra la Constitución y en la base o extremo inferior, las normas administrativas. No obstante, cada una de estas categorías normativas (leyes y normas administrativas) tiene su propia jerarquización, así por ejemplo, las leyes orgánicas estarían por encima de las leyes ordinarias; los decretos presidenciales están por encima de las resoluciones ejecutivas y estas por encima de las circulares; y estos actos administrativos estaría por encima de los actos administrativos de las autoridades territoriales.

Otro criterio a tener en cuenta, es el de la temporalidad o cronológico, según el cual la ley posterior prevalece sobre la anterior y que en caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, se aplicará la ley posterior.

Finalmente, se tiene el criterio de la especialidad, según el cual la ley relativa a un asunto especial se prefiere a la que tenga carácter general. Igualmente si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla; criterio que en un momento dado, desplaza al criterio de la temporalidad, pues debe prevalecer el de la especialidad.

4. Normas objeto de confrontación en la solicitud del presente concepto

A. Artículo 67 de la Ley 42 de 1993 frente a los artículos 160 de las Ley 136 de 1994 y 8º de la Ley 330 de 1996

La Ley 42 de 1993 “*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*” es una Ley ordinaria que como su epígrafe establece, determina la regulación respecto de la función constitucional de control fiscal establecida en el artículo 267 superior, así como también se ocupa de manera general sobre los organismos que deben desarrollar tal función, como lo son la Contraloría General de la república y las contralorías territoriales. En su artículo 67, establece:

Artículo 67. Los contralores de las entidades territoriales tomarán posesión del cargo ante el gobernador del departamento o el alcalde distrital o municipal dentro de la semana siguiente a la posesión del respectivo gobernador o alcalde.

Parágrafo. Las personas que aspiren al cargo de contralor en las entidades territoriales, deberán acreditar ante los organismos que formulen su postulación que reúnen las calidades exigidas.

La Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” igualmente es una ley ordinaria que de manera primordial y especial se refiere a la organización de la entidad territorial municipio, dedicando el articulado del numeral X al control fiscal de dicha entidad territorial y dentro de él a la organización de la entidad que lo desarrollaría. Su artículo 160 consagra:

Artículo 160. Posesión: Los contralores distritales y municipales elegidos, acreditarán el cumplimiento de las calidades establecidas en esta Ley y tomarán posesión de su cargo ante el Concejo Distrital o Municipal y si esta corporación no estuviese reunida, lo harán ante el juez civil o promiscuo municipal. En casos de vacancia judicial también podrán hacerlo ante el alcalde.

Al igual que las dos leyes anotadas anteriormente, la Ley 330 de 1996 “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales” es una ley ordinaria, que se ocupa específicamente de las contralorías departamentales. En su artículo 8º dispone:

Artículo 8º. Posesión. Los Contralores Departamentales tomarán posesión de su cargo ante la Asamblea Departamental. Si ésta no estuviese reunida, lo harán ante un Tribunal de Iba entidad territorial y en el evento de vacancia judicial ante el Gobernador y, en el último caso, ante dos testigos.

Efectivamente de la simple lectura normativa transcrita, podemos determinar que hay una incongruencia entre lo establecido en la Ley 42 de 1993 y lo contemplado en las leyes 136 de 1994 y 330 de 1996 respecto a la autoridad ante quien se debe posesionar el Contralor respectivo.

Para resolver la vigencia de la norma de la Ley 42 de 1993 frente a las otras normas, debemos decir en primer lugar que ni la Ley 136 de 1994 ni la Ley 330 de 1996 contemplan una derogatoria expresa de normativa alguna de la Ley 42 de 1993, ni específicamente de su artículo 67, por lo tanto, debemos entrar a verificar si existe una derogatoria tácita.

Según lo anotado en el numeral anterior del presente concepto, la derogatoria tácita de una ley se da por las siguientes razones: i) las disposiciones de la nueva norma son abiertamente incompatibles con la anterior (derogatoria tácita simple); o ii) cuando la nueva norma regula de manera integral la materia (derogatoria tácita orgánica).

Vemos que ni la Ley 136 de 1994, ni la 330 de 1996 se ocupan de **manera integral** de la materia de la cual se ocupa la Ley 42 de 1993, es decir del control fiscal a nivel nacional y territorial, puesto que si bien ambas se refieren a este tema, la Ley 136 de 1994 lo hace en el orden territorial municipal, en tanto que la Ley 330 de 1996 lo hace en el ámbito territorial departamental; así las

cosas el evento ii) de la derogatoria implícita no se cumple, quedando el evento i) es decir, la abierta incompatibilidad de las normas.

Indudablemente se evidencia la incompatibilidad por cuanto la norma de la Ley 42 de 1993 establece que la posesión del contralor se efectúa ante la primera autoridad administrativa territorial (gobernador o alcalde según el orden territorial), en tanto que las otras leyes lo establecen ante las corporaciones públicas territoriales de elección popular (Asamblea Departamental o Concejo Municipal o Distrital). Siendo las leyes confrontadas, leyes ordinarias, el criterio jerárquico no es aplicable para resolver la controversia; por lo tanto el criterio para solucionar la discrepancia, debe ser el temporal o cronológico, por lo que teniendo claro que las normas posteriores priman sobre las anteriores, debemos concluir que siendo las leyes 136 de 1994 y 330 de 1996 posteriores a la Ley 42 de 1993, aquellas prevalecen sobre ésta y por tanto, estamos frente a una derogatoria tácita del contenido del artículo 67 de la Ley 42 de 1993 en cuanto a la autoridad ante la cual se posesiona el contralor territorial respectivo.

B. Artículo 31 de la Ley 42 de 1993 frente al Acto Legislativo 04 de 2019

El tema de la vigilancia fiscal por parte de empresas privadas, se encuentra desarrollada en numeral 2. *De la vigilancia y el control fiscal por parte de las empresas privadas* del presente concepto, a lo que debemos agregar lo siguiente:

Acorde con lo anotado en el numeral 3. *De la derogatoria de las leyes*, es evidente que en este punto estamos frente a una incompatibilidad o discrepancia de una norma legal (artículo 31 de la Ley 42 de 1993) con una norma constitucional (artículo 267 de la CP), toda vez que en la norma legal se establece la posibilidad de la contratación de la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas previo concepto favorable del Consejo de Estado y en los casos específicos establecidos en la misma norma, en tanto que el artículo constitucional modificado, no contempla tal autorización.

Al no estar contemplada dicha autorización en la norma, no es posible que el organismo de control contrate esta función en aplicación del principio general del derecho de legalidad, mediante el cual la actuación del funcionario público debe estar sustentada en la ley, es decir, que a este solo le es permitido hacer lo que determina, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-893 de 2003:

3.2. A partir de la Constitución de 1991, la función pública constituye uno de los problemas más complejos de la administración, ya que se ocupa no sólo de la clasificación de las distintas categorías de las personas que sirven a la administración, sino de su ingreso, permanencia, ascenso, retiro, deberes, prerrogativas, incompatibilidades, y prohibiciones (artículos 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131 de la Constitución).

3.3. Así las cosas, los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables. A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados.

Respecto a su consulta, este Despacho con la normatividad, jurisprudencia y conceptos de este Despacho relacionados anteriormente, responde así:

“1. (...)

Se consulta lo siguiente:

¿Se puede entender que el artículo 67 La (sic) Ley 42 de 1993 fue derogado tácitamente por los artículos 160 de la ley (sic) 136 de 1994 y artículo 8º de la ley (sic) 330 de 1996?”

Respuesta:

Este despacho considera que efectivamente el artículo 160 de la Ley 136 de 1994 derogó tácitamente el artículo 67 de la Ley 42 de 1993 en lo referente a la autoridad ante la cual se debe posesionar el contralor municipal o distrital; e igualmente, el artículo 8º de la Ley 330 de 1996 derogó tácitamente el artículo 67 de la Ley 42 de 1993 en cuanto a la autoridad ante la cual se debe posesionar el contralor departamental.

2. (...)

Se consulta lo siguiente:

¿Se puede entender que el artículo 31 de la Ley 42 de 1993 fue derogado tácitamente por el acto legislativo (sic) No 4 de 2019?”

Respuesta:

Al observarse una abierta, objetiva y evidente incompatibilidad entre el contenido del artículo 31 de la Ley 42 de 1993 con lo dispuesto en el artículo 267 constitucional modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019, dicha norma no está vigente al configurarse el fenómeno de la derogatoria tácita por la reciente normativa constitucional, siendo esta una norma posterior y de superior jerarquía respecto de la Ley 42 de 1993.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que mediante Resolución Reglamentaria No. 003 del 16 de marzo de 2020, la señora Auditora General de la República, a fin de contribuir a evitar la propagación del virus Covid-19 y en atención a las medidas preventivas extraordinarias y temporales adoptadas por las autoridades nacionales y locales, determinó la suspensión de los términos en todas las actuaciones administrativas a cargo de la AGR (dentro de las cuales se encuentran las solicitudes de conceptos por parte de los ciudadanos), a partir del 17 y hasta el 27 de marzo de 2020 y mediante Resolución Reglamentaria No. 004 del 24 de marzo de 2020, determinó la prórroga de esta suspensión de términos, desde el 28 de marzo de 2020 y hasta el 13 de abril de 2020.

Así mismo, la señora Auditora General de la República mediante Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020, dispuso modificar el artículo 1º de la Resolución Reglamentaria 004 de 2020 en el sentido de reanudar los términos de atención de las peticiones ciudadanas, entre ellas

las consultas; así mismo, en su artículo 6º determinó la ampliación de los términos para la atención, entre otros, de las consultas así:

ARTÍCULO 6º. Las peticiones que se encuentran en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(...)

Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, se informará al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora e indicando el plazo para resolverla, término que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 31752fdd, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.


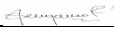
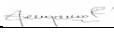
Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		31/03/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		01/04/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		01/04/2020

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.