



**ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD**
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**La función de advertencia en el control fiscal preventivo y concomitante adoptado en
el Acto Legislativo 04 de 2019: análisis sobre su incidencia en el principio
constitucional de separación de poderes**

Luz Águeda Cuervo Martínez

Autora

Monografía presentada para optar al título
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Escuela de Posgrados

Medellín

2023

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Hernán Darío Aguiar Garcés
Decano
Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa
Coordinadora
Maestría en Derecho Administrativo

Dúber Armando Celis Vela
Director del trabajo de grado

Línea de investigación
Instituciones jurídicas y formas de control a la administración pública

Diana Carolina Sánchez Zapata
John Fernando Restrepo Tamayo
Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 26 de junio de 2023 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 06 de 2023.

Resumen

En la presente monografía se realiza un análisis de la función de advertencia como herramienta para efectivizar el control preventivo y concomitante establecido en el Acto Legislativo 04 de 2019 que reformó el sistema de control fiscal en Colombia. El propósito es determinar la incidencia que tiene la aplicación de la mencionada herramienta en el principio constitucional de separación de poderes. A título de conclusión se plantea que efectivamente la función de advertencia tiene un alcance disuasorio capaz de incidir en las decisiones administrativas de las entidades que son objeto de este control generando con ello un tipo de coadministración y, por ende, la vulneración al principio de separación de poderes.

Palabras Clave

Control fiscal, control posterior y selectivo, control preventivo y concomitante, función de advertencia.

Tabla de contenido

Introducción	5
1. Los principales modelos de control fiscal en vigencia de la Constitución Política de 1991	10
<i>1.1. Balance del control fiscal previo y perceptivo en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991</i>	<i>11</i>
<i>1.2. El modelo original de control fiscal posterior y selectivo adoptado en la Constitución Política de 1991</i>	<i>18</i>
<i>1.3. El control fiscal concomitante y preventivo incorporado mediante el Acto Legislativo 04 de 2019</i>	<i>24</i>
2. El desarrollo normativo de la función de advertencia como herramienta para la efectivización del control fiscal	30
<i>2.1. La función de advertencia establecida en el Decreto Ley 267 de 2000</i>	<i>31</i>
<i>2.2. Análisis constitucional de la función de advertencia realizado en la Sentencia C-103 de 2015 desde el respectivo marco normativo vigente</i>	<i>34</i>
<i>2.3. La función de advertencia a la luz del Acto Legislativo 04 de 2019 ¿un avance innovador o una regresión en el sistema de control fiscal colombiano?</i>	<i>41</i>
<i>2.4. La incidencia de la función de advertencia en el principio de separación de poderes</i>	<i>46</i>
Conclusiones	52
Referencias	54

Introducción

El artículo 267 de la Constitución Política de 1991 –modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019– establece que la vigilancia y el control fiscal son funciones públicas que ejerce la Contraloría General de la República sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. En su versión original, el citado artículo señalaba que el control fiscal se ejercía únicamente de forma posterior y selectiva, es decir, el modelo inicial de control impuesto a partir de la Constitución Política de 1991 se fundamentó en los conceptos de “posterioridad” y “selectividad”.

Este sistema de control fiscal “posterior y selectivo” fue reformado recientemente mediante el Acto Legislativo 04 de 2019 y, su desarrollo, tuvo lugar con el Decreto 403 de 2020. Uno de los aspectos más relevantes de la mencionada reforma, que incluso fue subrayado en la parte considerativa del Decreto 403 de 2020, está constituido por tres rasgos: i) el control fiscal, además de ser posterior y selectivo, se puede ejercer de manera preventiva y concomitante cuando sea necesario para la defensa y protección del patrimonio público; ii) el control preventivo y concomitante tiene una naturaleza excepcional y no implica coadministración y, finalmente, iii) se realiza en forma de advertencia al gestor fiscal y debe incluirse en un sistema general de advertencia público.

Esta última disposición revivió la función de advertencia que ya había sido utilizada por las contralorías hasta que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-103 de 2015, declaró inexecutable el numeral 7 del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000, el cual contiene normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República. La sentencia de constitucionalidad consideró que la modalidad de control fiscal previo, representada en la función de advertencia, constituía una afectación innecesaria de los principios constitucionales que, para salvaguardar la autonomía e independencia de la Contraloría, establecen el carácter posterior del control ejercido por este órgano y la prohibición de coadministración.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la función de advertencia establecida en la reciente reforma por el Decreto 403 de 2020 es el mecanismo que, por excelencia, materializa el

control preventivo, un análisis riguroso de esta institución es necesario para evaluar si vulnera principios constitucionales como la separación de poderes y los límites al ejercicio del control fiscal. El uso y el alcance que tiene la función de advertencia con respecto a la gestión de los asuntos de los entes sujetos a control pueden constituirse en manifestaciones de coadministración o de injerencia en las decisiones propias de las entidades vigiladas.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-140 de 2020, declaró la exequibilidad del control concomitante y preventivo y de la función de advertencia. En particular, descartó que con esta institución se esté vulnerando el principio de separación de poderes. Ante las similitudes que esta figura tiene con la utilizada anteriormente, en particular, frente a la intervención en la toma de decisiones de las entidades vigiladas, pese a lo dicho por la Corte Constitucional, es inevitable preguntarse si la función de advertencia establecida en el Decreto 403 de 2020 altera la separación de poderes y desborda los límites del control fiscal en un Estado de derecho. Además, hace necesario indagar si el control preventivo implica coadministración por parte de la Contraloría.

Restrepo y Peláez (2021) consideran que muchas de las características de la función de advertencia, contenidas en el numeral 7 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000, las cuales fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional al desconocer la regla del control posterior, vuelven a estar presentes en el Decreto 403 de 2020. Para estos autores, llama la atención que la función de advertencia originaria fuera equiparada al control previo, y que ahora, cuando es empleada para la concreción del control concomitante y preventivo se estime que no lo es porque la norma constitucional fijó las limitaciones y restricciones para evitar que lo fuera cuando, en vigencia del Decreto 267 de 2000, este también las había establecido.

La cuestión aquí planteada es relevante para el derecho administrativo, pues la separación de poderes, como principio del derecho público, no solamente pone límites al poder público, sino que lo encamina al logro de la eficacia administrativa. La distribución de funciones y competencias entre los diferentes órganos que conforman al Estado está justificada para lograr un equilibrio en el ejercicio del poder. En este contexto, es relevante analizar si la aplicabilidad de la figura del control de advertencia en el control concomitante y preventivo puede constituir una forma de coadministración o de injerencia en las decisiones

administrativas de las entidades sometidas a su control y, por ende, una vulneración al principio de separación de poderes, rompiendo con ello límites constitucionales.

El rastreo de trabajos de investigación previos sobre esta problemática permitió establecer, en primer lugar, que no existen muchos textos que aborden el objeto de estudio, es decir, la función de advertencia. Una razón que explica esta situación radica en su reciente incorporación al ordenamiento jurídico a través de una reforma constitucional. En segundo lugar, se observó, como factor común, que los trabajos encontrados abordan la figura del control de advertencia a partir de la literalidad que plantea el Decreto 403 de 2020 sin que se haga un comparativo o, por lo menos, un análisis de las características –y restricciones– que esta figura tuvo antes de ser eliminada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-103 de 2015.

Para dar respuesta al problema de investigación planteado, en la presente monografía se analiza la función de advertencia incorporada al ordenamiento jurídico con el Acto Legislativo 04 de 2019 a la luz del principio constitucional de separación de poderes y la incidencia que tiene su aplicación sobre las decisiones administrativas de las entidades sujetas a su vigilancia y control. En estos términos, se podrá determinar si se trata de una nueva figura con semejanzas solo en su denominación a la anterior o si, en la práctica, es la misma figura con algunas diferencias respecto a su expedición. Además, contribuye a establecer hasta dónde su aplicación puede constituirse en una directriz para la entidad, de cuya incidencia práctica no le sea posible sustraerse.

El propósito planteado será abordado en dos capítulos: el primero hace referencia, de forma cronológica, a los modelos de control fiscal en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 hasta la reforma incorporada mediante el Acto Legislativo 04 de 2019. En el segundo capítulo se analiza la función de advertencia establecida en el Decreto 267 de 2000 y las razones por las que fue declarada inexecutable en la Sentencia C-103 de 2015 haciendo un comparativo entre ambas figuras, la del Decreto 403 de 2020 y la del Decreto 267 de 2000. Además, se hace una reconstrucción del modelo de división de poderes en Colombia y se analiza cómo se enmarca la función del control fiscal dentro del principio de separación de poderes.

La metodología de investigación que se utiliza es de tipo dogmático porque se pretende el análisis y la evaluación de instituciones del derecho positivo. El enfoque aplicado es descriptivo en la medida que se estudia la función de advertencia y se da cuenta de su evolución en el ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta que este enfoque implica la elaboración de teorías, clasificaciones o distinciones que posibiliten darle un sentido a las normas analizadas, en este trabajo se hace un análisis normativo y jurisprudencial, entre otros, del Decreto 267 de 2000, del Acto Legislativo 04 de 2019 y del Decreto 403 de 2020. El objetivo de este análisis es señalar las características fundamentales de la función de advertencia y los aspectos relevantes que sirven de fundamento para resolver la cuestión problemática.

En la misma perspectiva de investigación dogmática, también se evalúa la posición de quienes consideran que la función de advertencia es, en esencia, una figura traída de anteriores disposiciones normativas. Lo anterior por cuanto, si la función de advertencia no representó una novedad en la reciente reforma al control fiscal, entonces admitiría los mismos cuestionamientos que anteriormente se le hicieran. En este sentido, la investigación tiene un enfoque prescriptivo respecto de posiciones doctrinales e instituciones del derecho positivo. Los materiales de investigación son documentales porque el objeto de investigación está constituido por las normas jurídicas expresadas en la constitución vigente, leyes, decretos y resoluciones orgánicas internas de la Contraloría General de la República que versan sobre la formulación de advertencias.

La monografía es la modalidad de trabajo escogida dado que permite profundizar en el tema específico mediante un análisis que, además de ser descriptivo, plantea una problemática, para lo cual se presentan, de forma organizada, los datos recopilados de las diferentes fuentes de investigación. También permite un análisis evaluativo basado en el examen crítico de la información obtenida, pues se emiten algunos juicios o conceptos argumentados sobre el tema objeto de estudio. En cuanto al alcance, cabe aclarar que se trata de una investigación desarrollada en el contexto de una maestría en profundización. Por tanto, aborda un problema concreto sin la pretensión de presentar teorizaciones o resultados innovadores.

En términos generales, se argumenta que, con la última modificación al control fiscal, en Colombia se retomó el control previo que había sido eliminado del ordenamiento jurídico

por la Constitución Política de 1991 debido a que esa forma de control derivó en una coadministración donde coincidían las potestades de ordenación de gasto, investigación y juzgamiento. Esta tesis podría servir de referente para un cuestionamiento formal que lleve a una reforma normativa por el desconocimiento de la prohibición de coadministración que el mismo Acto Legislativo 04 de 2019 estableció desbordando con ello los límites constitucionales impuestos al ejercicio del control fiscal y, por ende, generando una vulneración al principio de separación de poderes plasmado en el artículo 113 de la Constitución Política de 1991.

Capítulo I

1. Los principales modelos de control fiscal en vigencia de la Constitución Política de 1991

El control fiscal es un instrumento indispensable para garantizar el adecuado uso de los recursos públicos que aseguran el cumplimiento de los fines del Estado. Este capítulo tiene como propósito realizar una descripción de los modelos de control fiscal vigentes en Colombia desde la Constitución Política de 1991. A modo de ilustración, y en aras de contextualizar, el apartado contiene un breve recuento del desarrollo que ha tenido esta institución desde los años 20's. Tal reconstrucción permite conocer y entender las circunstancias que le dieron origen a esta forma de control y, a la vez, explica su transformación a partir de la Constitución Política de 1991. No solo comprende el modelo de control fiscal posterior y selectivo, sino que incluye la transición al modelo de control fiscal concomitante y preventivo.

El desarrollo de este objetivo se hace en tres momentos: en el primero, se realiza un balance del control fiscal previo y perceptivo en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. En el segundo, se hace una descripción del modelo original del control fiscal posterior y selectivo adoptado en la Constitución Política de 1991. En el tercero, se aborda el modelo de control fiscal concomitante y preventivo incorporado mediante el Acto Legislativo 04 de 2019. La pretensión de este apartado es descriptiva; por tanto, se hace un corto recuento de los modelos de control fiscal a modo de ilustración. Además, se plantea un análisis descriptivo del modelo de control fiscal que se adoptó con la Constitución Política de 1991 con una mención de las críticas que se le hicieron al modelo vigente en ese momento. También se aborda la transición desde modelo posterior y selectivo al actual.

El abordaje cronológico y secuencial de las categorías que hacen referencia a los sistemas de control fiscal, la reforma al control fiscal, el control previo y preventivo, desde su incorporación en el ordenamiento jurídico, permiten mostrar un panorama claro y coherente de lo que ha sido la evolución del control fiscal en el país desde la Constitución Política de 1991 hasta la actualidad. De igual modo, contribuye a entender el origen de los

cuestionamientos que han surgido frente a los sistemas de control fiscal vigentes en diferentes momentos, los cuales han sido modificados o eliminados.

1.1. Balance del control fiscal previo y perceptivo en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991

El control fiscal en Colombia ha tenido una evolución histórica que da cuenta de su actual configuración en la Constitución Política de 1991 para materializar los ideales del Estado social de derecho. La necesidad de su transformación se explica en que, sin lugar a duda, el correcto ejercicio de la labor de control fiscal juega un papel fundamental en el logro de los fines estatales, pues su objetivo se encuentra estrechamente vinculado con el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Por ello, además de que permite precaver la comisión de irregularidades en el manejo de los bienes públicos, dicha labor debe armonizarse con las dinámicas de modernización del país y con los sistemas económicos y políticos vigentes si se pretende que la misma agregue realmente valor a la actividad administrativa del Estado.

En la evolución que ha tenido el control fiscal en Colombia es preciso traer a colación que la Contraloría, como principal órgano de control del país, desde su origen el año de 1923, no tenía como propósito combatir la corrupción; en su lugar, se ocupaba del saneamiento de las finanzas públicas, las cuales no contaban con una estructura institucional clara. Con el propósito de reformar el sistema financiero y fiscal colombiano de la época, el Gobierno de Pedro Nel Ospina contrató una misión de expertos provenientes de Estados Unidos, conocida como la misión Kemmerer. A partir de las recomendaciones emitidas por esta misión, en 1923 se adelantó la reorganización de las instituciones financieras, monetarias y fiscales con dos modificaciones importantes: “por un lado la creación de la Contraloría General de la Nación y por otro, la creación de un sistema de banca central y bancos de crédito” (Sarmiento, 2007, p. 81). De esta forma, se buscaba atraer capital extranjero y crear instituciones que aportaran al equilibrio y al crecimiento económico del país.

Una de las actividades adelantadas por la misión Kemmerer consistió en estudiar la realidad económica del país mediante la identificación y el relacionamiento de los diferentes estamentos y entidades que intervenían directamente en el quehacer económico nacional. Con base en ese estudio, se efectuó una importante recomendación relativa a la creación del

Departamento de la Contraloría como servicio nacional administrativo. Esto se materializó con la Ley 42 de 1923 que se ocupó de la “reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría”. La Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina Nacional de Estadística y la Oficina Central de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro se incorporaron al Departamento de Contraloría.

La reorganización de las finanzas públicas se formalizó ante la imperiosa necesidad de establecer los medios para imponer una estricta observación de las leyes y de los reglamentos administrativos en lo relacionado con el manejo de propiedades y fondos públicos. Dicha ley concedió las principales facultades a la Contraloría, tales como la revisión previa de las cuentas y el conteo de elementos de propiedad estatal, pero con la expresa prohibición de ejercer funciones administrativas a las que le correspondía por disposición legal (Polanía Portaccio, 2020).

La Ley 42 de 1923 estableció, por primera vez, lo que se denominó *control previo*. En efecto, dispuso que solo serían pagadas por los tesoreros las órdenes que hubieran sido refrendadas por un funcionario de esa entidad. Los recursos serían desembolsados conforme a los lineamientos que así trazara la Contraloría. La Ley 42 de 1923 también estableció que sería de competencia del contralor la expedición de las instrucciones y de los reglamentos relativos al examen y fenecimiento de cuentas. En el marco de los estudios disponibles, esto era asunto de los reglamentos, no debía ser regulado por una ley. Con este procedimiento se buscaba, ante todo, dar un viso de legalidad a todas las operaciones que implicaran la disposición de recursos públicos

Con el tiempo surgieron dificultades para que esta forma de control previo pudiera operar, pues era necesario que se ejerciera o practicara directamente en las oficinas de los sujetos que eran objeto de este, lo que requería de un gran despliegue humano para adelantar dicha labor. Por lo tanto, a la par que el Estado iba creciendo en dependencias y recursos, necesariamente el órgano de control fiscal también debía aumentar su tamaño si pretendía que esta forma de control siguiera vigente. Sin lugar a duda, el ritmo creciente de las operaciones financieras que demandaba la administración para su funcionamiento desafiaba la capacidad de la Contraloría para revisar y aprobar oportunamente los movimientos de recursos.

Los informes sobre la gestión y avances de la Ley 42 de 1923, elaborados en los años 30, evidenciaron excesos en gastos sin apropiaciones, presuntamente, por la falta de control previo sobre las mismas. Durante ese período se efectuó un inventario acumulado de más de 8000 juicios de cuentas por fenecer, lo cual no permitía dar un concepto definitivo sobre las finanzas a múltiples empleados de manejo que lo requerían (Cuellar Cifuentes, 2007). La principal crítica al control fiscal adoptado consistía en que era un simple instrumento o parámetro presupuestal, pues como se mencionó, solo se encargaba de la revisión del cómo o del método sobre la contabilidad y las cuentas, en general, de la Nación. La cuantiosa acumulación de cuentas y la ausencia de un control efectivo denotaban falencias en la forma que se estaba aplicando el control previo.

Algunos críticos del modelo de control fiscal adoptado opinaban que el sistema utilizado para realizar el control previo lo convertía en un control pasivo, con funciones netas de registro. Este no generaba un valor agregado a la función preventiva porque solo le permitía verificar que el respectivo gasto se hubiera realizado conforme a los lineamientos establecidos en la norma. Este tipo de control, que no iba más allá de una confrontación legal, resultaba insuficiente si se quería evaluar la conveniencia y eficiencia de la gestión fiscal. No obstante, tal como lo plantea Maldonado Narváez (2014), esta norma “fue abriendo el camino al proceso fiscal como lo conocemos hoy en día” (p. 135), es decir, pese a sus limitaciones, permitió desarrollar el sistema de control fiscal en el país de la forma en que se aplica en la actualidad.

A pesar de las falencias evidenciadas en el control previo, el sistema de control fiscal fue cobrando mayor importancia en el escenario nacional. Por esta razón, mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945 se elevó a rango constitucional quedando definida la Contraloría como una oficina de contabilidad y vigilancia fiscal. A su vez, en el año 1946 se adicionaron otras entidades del orden descentralizado y otros organismos bajo la vigilancia y gestión fiscal de esta entidad. Las modificaciones que tuvo el control fiscal para esa época no pretendían una mejora en su estructura, sino en su campo de acción. El método de aplicación del control previo no tuvo cambios significativos, pero se extendió a otras entidades y organismos de Estado alcanzando, además, una consagración constitucional.

Lo anterior indica que, según se presentaban las irregularidades en las distintas instituciones, se ideaba un nuevo marco de acción mediante controles más extendidos buscando abarcar mediante este sistema de control cualquier movimiento presupuestal que involucrara recursos públicos. La finalidad era generar una cobertura y una especie de polarización sobre el actuar estatal, no dejando ninguna actividad por fuera de esta esfera de control. Esto ocasionó una intromisión exagerada y poco conveniente del órgano de control en las operaciones y decisiones de las entidades que estaban sometidas a su vigilancia, haciendo más complejas las erogaciones presupuestales y, por consiguiente, las actividades estatales que de ellas dependían.

En el año 1975, el Gobierno Nacional se percató de que la función de control previo resultaba insuficiente para lo que se consideraba eficiente y eficazmente necesario. Por ello, se hacía necesaria una modificación al sistema vigente. Esta fue una de las reformas, en materia fiscal, más importantes en la historia del país. Su adopción no tenía una finalidad distinta a generar moralidad administrativa que más adelante sería un principio de la administración pública. En años anteriores se había evidenciado que el control previo era una herramienta para generar mayores actos de corrupción, lo que significó, en la práctica, una coadministración de la Contraloría sobre las entidades.

El Gobierno Nacional consideró viable que se excluyeran algunas entidades sobre las que se ejercía este control previo como las empresas industriales y comerciales del Estado. Además, creyó conveniente la creación de un sistema de responsabilidad específico para algunas entidades y observó la necesidad de recrear una figura de control posterior que, como su mismo nombre lo indicaba, significaba que, con posterioridad a una actuación, esta fuese revisada y evaluada a fin de evidenciar si existían hallazgos o, por el contrario, el funcionario público había actuado de conformidad con la normatividad.

Desde el panorama previamente descrito se expidió la Ley 20 de 1975, la cual fijó sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal, entre otros aspectos. El artículo 3 ibídem dispuso que la Contraloría aplicara, sobre las entidades sometidas a su vigilancia y las dependencias incluidas en el presupuesto nacional, un control de tipo preventivo, perceptivo y posterior. Con tal fin, cada establecimiento público debía enviar mensualmente una relación detallada de los giros refrendados con los correspondientes comprobantes y una copia de la

nómina que dichos establecimientos pagaban durante este mismo término. Con la expedición de la mencionada Ley, por primera vez, se introdujo el control posterior en el ordenamiento jurídico colombiano y se consolidó el ya operante control previo.

La Ley 20 de 1975 definió las características, objeto y alcance de los sistemas de control que la Contraloría utilizaba hasta entonces. Al tiempo, se extendió el control sobre todos los gastos de funcionamiento e inversión de los establecimientos públicos y la totalidad de recursos financieros y bienes que éstos tenían disponibles aumentando la facultad del órgano de control para fiscalizar a entes públicos y privados. Con esto se buscaba, como ya se mencionó, generar una moralidad administrativa que disminuyera los actos de corrupción propiciados por la falta o insuficiencia de controles.

Posteriormente, el Decreto 925 de 1976 reglamentó a fondo el alcance del control previo en aras de responder a las críticas por la indebida aplicación de dicha figura, la cual suponía una administración alterna. El Gobierno de la época estaba enfocado en trabajar bajo el método “prueba-error” en procura de no desdibujar las figuras o tipos de control que habían sido implementados hasta ese momento. Se dejó claro, en el citado Decreto, que la finalidad del control previo era revisar, con antelación a la ejecución de un acto o transacción por parte de una autoridad, cada uno de los documentos que la originaban haciendo una diferenciación con el control perceptivo en tanto este último conllevaba un proceso de confrontación entre los bienes del fisco y los respectivos registros que los soportaban.

Younes Moreno (1987) hace una diferenciación sobre la forma como operaban estos dos tipos de control. Así, señala que el control previo se ocupaba de examinar el gasto desde la óptica numérico legal con miras a establecer principalmente el cumplimiento normativo de las apropiaciones presupuestales y a determinar si el monto del gasto había sido autorizado por los funcionarios competentes y si las transacciones eran exactas de acuerdo con los valores que fueron autorizados. Además, analizaba si las entidades tenían capacidad suficiente para cubrir los gastos vigilando que los avances de dinero que se hacían estuvieran debidamente justificados o legalizados. El control perceptivo se constituyó como un complemento fundamental para una buena labor de fiscalización por cuanto lo significativo de este control estaba en el análisis detallado del objeto que se debía controlar. Dicho objeto

estaba constituido por bienes y elementos debidamente identificados, los cuales debían confrontarse con los documentos respectivos.

Conforme se iban afianzando y desarrollando estos sistemas de control, diferentes entidades y organismos formularon todo tipo de críticas contra los modelos tradicionales de control fiscal que se tenían en ese momento. Entre otras, hay una contenida en el informe presentado en 1981 por Eduardo Wiesner y Richard Bird llamado “Las finanzas intergubernamentales en Colombia”. En este texto se recomendaba al Estado la necesidad de tomar medidas para hacer más fácil y eficiente la ejecución del gasto público en aras de erradicar la coadministración como uno de los efectos del control previo y evitar todo tipo de contradicciones.

El control previo, en ese momento, era visto como un sistema de control liderado por corruptos en los procesos de auditoría. Además, no permitía una verdadera valoración de la eficiencia y economicidad de los actos u operaciones en los cuales se manejaban recursos públicos. El solo control numérico no posibilitaba evaluar aspectos fundamentales como la conveniencia y el mérito de la gestión fiscal; tampoco comprendía técnicas modernas de auditoría y, sobre todo, no permitía una auditoría integral. Podría decirse que se trataba de un control fiscal más propio de un Estado liberal clásico, lo cual resulta paradójico en tanto que con la reforma constitucional de 1936 se habían integrado al ordenamiento jurídico los postulados del constitucionalismo social y habían fundado los cimientos del Estado social de derecho (Naranjo Galves, 1999).

En este contexto, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 había una desconfianza generalizada sobre este sistema de control fiscal dado que había altos niveles de politización y las actividades de control se habían convertido en objeto de clientelismo, pues se ofrecían y otorgaban cargos a cambio de favores desdibujando y contrariando el propósito del control fiscal. Así mismo, los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 unificaron su posición respecto a lo inadecuado de la existencia de un control previo en el control fiscal. En términos generales, señalaron, de forma contundente, que este control “había desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración que había redundado en un gran poder unipersonal del contralor y se había prestado también

para una engorrosa tramitomanía que degeneró en corruptelas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p.19).

El constituyente de 1991 se ocupó de analizar, en extenso, el funcionamiento del sistema de control fiscal en el nuevo Estado social de derecho. De forma unánime, consideró que el sistema vigente a la fecha, el cual consistía en hacer un control previo y perceptivo, tenía serias deficiencias y que era nefasto por la intromisión y obstaculización en la labor administrativa de las entidades estatales. Allí se expresó la inconformidad general frente al control previo que venía siendo aplicado hasta ese momento conforme a lo establecido en la Ley 20 de 1975 por considerar que se había convertido en un sistema de coadministración arbitraria.

La transformación del modelo de control fiscal no fue pacífica. Si bien la Asamblea Nacional Constituyente estaba conformada por cinco comisiones permanentes que se ocuparon de diversos temas, en todas las cinco se exhibieron propuestas y se dieron debates relacionados con la necesidad de reformar el control fiscal. Inicialmente, este fue un tema asignado directamente a la Comisión Tercera que, además, se ocupaba de temas de gobierno, congreso y hacienda pública. La Comisión Quinta tenía a su cargo también los asuntos económicos, sociales y de hacienda. Sin embargo, fue en la Comisión Tercera donde finalmente se decidió que el control fiscal debía ser posterior y selectivo.

El Observatorio de Política Pública de Control Fiscal de la Auditoría General de la República –OPPCF– identificó que se presentaron un total de 35 propuestas en la Asamblea Nacional Constituyente relacionadas con el control fiscal (González Zapata y Mosquera Perea, 2020). De las propuestas presentadas, 11 de ellas se ocupaban específicamente de la estructura y mandato del control fiscal. Entre éstas, se destacaba la propuesta de pasar de un control previo y perceptivo a uno posterior y selectivo. La Gaceta de la Constitución Política del mes de mayo de 1991 recoge lo dicho en una de las sesiones llevadas a cabo en el trámite de aprobación, en la cual se hace referencia a la percepción sobre el sistema de control vigente en los siguientes términos:

Ha estado condicionado e interferido por las conveniencias políticas que a la postre han distorsionado su objetivo fundamental para dar paso a la influencia clientelista, con grave perjuicio para la institución que otrora fue centro de respeto y admiración

de los colombianos. El ejemplo cundió en toda la nación y, por consecuencia, las contralorías territoriales también terminaron siendo víctimas del morbo clientelista” (Gaceta Constitucional, 1991, N.º 53, p. 19).

En este escenario, para el constituyente era imperioso establecer que la función de la Contraloría debía surtir un proceso de transformación orientado a la búsqueda de resultados eficaces a fin de obtener la tan anhelada moralidad administrativa. Esta no es nada distinto a la debida destinación de recursos públicos y a que su gestión se ajuste a los lineamientos jurídicos. Con ello, se pretendía poner fin a una época de coadministración representada en el entramado del control previo, en el cual fueron de gran ayuda los informes que se realizaban donde se evidenciaba que, a través de este sistema de control, solo se cumplían funciones de acompañamiento a las actividades de los funcionarios públicos siendo, además, óbice para actos de corrupción.

1.2. El modelo original de control fiscal posterior y selectivo adoptado en la Constitución Política de 1991

Los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estaban convencidos de las grandes deficiencias que, para ese momento, tenía el Estado en materia de gestión administrativa, rendición democrática de cuentas, transparencia en la gestión fiscal y voluntad política en pro de invertir en los más débiles. En tal sentido, se dieron discusiones favorables para que se eliminara totalmente el control previo y para que, en su reemplazo, se estableciera un control posterior para evitar la obstaculización de la actividad de la administración. Por tanto, se optó por incorporar reformas profundas en todo el andamiaje estatal con el propósito de introducir criterios de eficiencia, equidad y participación ciudadana en la gestión pública. El fin era posibilitar el fortalecimiento de la efectividad y la permanencia de la política constitucional en el campo social.

Como resultado de este proceso, se elevó a rango constitucional un complejo conjunto de reglas conexas, cuya orientación se dirigía a garantizar la asignación y destinación efectiva de un porcentaje creciente de los recursos corrientes de la Nación para la inversión social. Este entramado normativo se distribuyó en tres partes que constituyeron la esencia del nuevo diseño constitucional, a saber:

- (i) La descentralización administrativa con autonomía de las entidades territoriales;
- (ii) la vinculación constitucional de la autonomía de las entidades territoriales a la destinación de transferencias automáticas y a la responsabilidad por la ejecución de la política social del Estado; (iii) el rediseño radical del sistema de control fiscal y su estructuración con régimen de autonomía regional (Sánchez et al, 2011, p. 6).

Estos cambios dotaron a las entidades territoriales de un campo de acción más autónomo buscando que los recursos tuvieran una inversión más ágil y, por ende, más eficiente. Así mismo, en cuanto al control fiscal, se estableció su total independencia como actividad ejercida por un órgano autónomo que, además de vigilar, evaluara la eficacia y eficiencia del gasto público.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-167 de 1995, señaló que, en el régimen constitucional vigente, el control fiscal “debe orientarse dentro de la filosofía del nuevo Estado Social de Derecho en general, y especialmente dirigida a la aplicación de los principios de eficacia económica, equidad y valoración de los costos ambientales”. Con la Constitución Política de 1991, la Contraloría se convirtió en un organismo de control autónomo cuya finalidad es asegurar la eficiencia, la eficacia, la economía y la valoración de los costos ambientales de la inversión pública.

La transformación señalada se comprende mejor si tenemos en cuenta que, en Colombia, la atribución de poderes ilimitados al ejecutivo llevó a la imposición de regímenes autoritarios, situación que fue objeto de especial análisis en la expedición de la Constitución Política de 1991. Esto motivó para que se pasara de un cuerpo normativo constitucional con tendencia exegético-legalista, enmarcado en la Constitución Política de 1886, con una cultura política fuertemente representativa; a un cuerpo normativo constitucional caracterizado por la diversidad de mecanismos de participación ciudadana y un conjunto de directrices y normas de navegación para el accionar público que estructuran el actual Estado social de derecho. Esto, sin duda, tiene gran incidencia en la administración pública y, de forma muy específica, en la función de control fiscal (Pacheco Niño, 2014).

Este cambio en la visión del Estado fundamentó, a su vez, la transformación de la forma en que se realizaba el control fiscal en Colombia. En palabras de Maldonado Narváez (2014) la

idea es que el control fiscal busque el “mantenimiento y fortalecimiento de la filosofía del Estado Social en lo referente a las garantías mínimas de las personas, naturales o jurídicas, por medio de un mecanismo de coerción que permita mantener la ética y la moral administrativa” (p. 145). Esto no es algo diferente a la instauración de políticas que posibiliten el mantenimiento de un equilibrio en el que se garantice el bienestar social para toda la comunidad.

La Constitución Política de 1991, en el artículo 113, acogió la fórmula tradicional de la separación de poderes ratificando la premisa filosófico-política según la cual la concentración del poder, por naturaleza, tiende a corromperlo. Por esta razón, se tornó absolutamente necesaria la división del poder por especialidades de acuerdo con las funciones básicas del Estado, a saber: expedir las leyes, ejecutar dichas leyes y administrar justicia. Adicional a esto, la Constitución consagró la función de control y la función electoral en cabeza de unos organismos autónomos e independientes a las ya mencionadas tres ramas del poder. Así, en “Colombia se consagra una total desmembración del control fiscal respecto de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial” (Mazo Giraldo, 1996, p. 41) como es reconocido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 de 1995, pues considera que el control fiscal es una actividad independiente, la cual debe diferenciarse de las clásicas funciones del Estado.

El control fiscal constituyó uno de los aspectos importantes de la parte orgánica en la nueva carta política. La reglamentación se encuentra en el Título X que hace referencia a “Los Órganos de Control” y en el respectivo Capítulo I que corresponde a “La Contraloría General de la República”. En Colombia, la regulación específica en lo que atañe al control fiscal quedó consignada a partir del artículo 267 y hasta el artículo 274 constitucionales. En los citados artículos se establece que el control fiscal es una función pública a cargo de la Contraloría General de la República cuya función es vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos públicos. El artículo 267 hace claridad en que este control se ejerce de forma posterior y selectiva, de acuerdo con los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Además, puede ser autorizado, en casos especiales, para que se ejerza por empresas privadas.

El artículo 267 constitucional, originalmente, era un reflejo claro de las críticas que se le hicieron al control fiscal previo, así como de las reflexiones presentadas en los debates

adelantados por la Asamblea Nacional Constituyente cuando se discutió, entre otros asuntos, si el órgano de control fiscal debía gozar de total autonomía frente a las ramas del poder público. El artículo 268 constitucional se encargó de regular las funciones del Contralor General de la República y, el artículo 269, definió lo referente al control interno. Así mismo, el artículo 270 constitucional estableció que le correspondía al legislador la regulación de lo relativo a las formas y mecanismos de participación ciudadana en tanto contribuyan a la vigilancia de la gestión pública y sus resultados en los diferentes niveles administrativos.

En el nuevo articulado constitucional cabe resaltar que, mediante el 271, se atribuyó valor probatorio a las indagaciones preliminares y, en el 272, quedó regulado lo referente al control fiscal ejercido por las contralorías territoriales, lo cual se fundamenta en la descentralización administrativa. Por último, el artículo 274 estableció que la Auditoría General de la República es el órgano que tiene a su cargo la vigilancia de la gestión de la Contraloría General de la República y le atribuyó al legislador la competencia para que definiera la forma en que se realizaría este control en los niveles departamental, municipal y distrital.

En materia de control fiscal, la participación ciudadana fue concebida desde dos puntos de vista: primero, desde la posibilidad de que sea el propio ciudadano quien ejerza el control sobre la gestión fiscal de las entidades empoderando con ello las veedurías ciudadanas. Segundo, se incluyó la posibilidad de vincular a empresas privadas para adelantar el control fiscal (Ochoa Díaz y Charris Rebellón, 2003). La Constitución Política de 1991 también estableció que el control fiscal sería posterior y selectivo, pero que se aplicaría a todo el universo de quienes administren recursos públicos, indiferente de que la naturaleza de los gestores sea pública o privada. La Corte Constitucional resaltó que la función fiscalizadora de la Contraloría General de la República tiene como objetivo el control de la gestión fiscal con el fin de verificar el manejo adecuado de los recursos públicos al margen de que sean administrados por organismos públicos o privados (Sentencia C-167 de 1995).

Las principales modalidades o formas de ejercer este control se centran en la posterioridad y en la selectividad. La primera porque se ejerce sobre lo ya ejecutado y realizado. La segunda, en tanto se trabaja a partir de una muestra representativa de las actividades de las instituciones del Estado, donde se revisan las transacciones efectuadas y sobre la cual surgen

los informes de evaluación. Así, el modelo instaurado por la Constitución Política de 1991 representaba lo contrario al control previo y universal constituyéndose en un modelo de control posterior y selectivo. Con este nuevo modelo se buscaba remediar la tan cuestionada intromisión del órgano de control en las actuaciones propias de las entidades auditadas y hacer del control fiscal una actividad eficiente que generara resultados relevantes para combatir la corrupción.

Paralelo a lo anterior, el constituyente pretendió la creación de una cultura de autocontrol en donde el funcionario público no tuviera que esperar pasivamente a que sus actos fueran convalidados previamente por la Contraloría, o peor aún, que realizada una conducta no conforme a la normatividad, se viera inmerso en posibles actos de corrupción. Con este propósito, logró identificar que la problemática no radicaba en el campo de acción de la Contraloría, ni en la necesidad de aumentarlo o disminuirlo, sino que era necesario fortalecer a los actores desde el interior de las entidades públicas y desde la sociedad dotándolos de herramientas para que la función de autocontrol pudiese ser efectiva y tuviera un impacto que contribuyera de forma positiva a mejorar la gestión fiscal. Así, dio un papel relevante al control interno en cada entidad para que permitiera identificar y prevenir conductas o actuaciones que pudieran generar un detrimento a los recursos públicos siendo un control primario y complementario al de la Contraloría.

En virtud de lo anterior, la Constitución Política de 1991 propugnó por establecer un modelo de control integral en el que resultara completamente necesario que los jefes o directores de las entidades, igual que cada uno de los funcionarios, ejercieran un control sobre los procesos y las transacciones que realicen con el propósito de evaluar sus resultados y lograr una eficiencia en la gestión fiscal y en la gestión pública. El espíritu original del artículo 269 constitucional refleja claramente la posición de los constituyentes (Ochoa Díaz y Charris Rebellón, 2003), pues expresa que “las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno” (p. 21).

El desarrollo normativo de esta nueva forma de control fiscal instituido por la Constitución Política de 1991 se dio mediante la Ley 42 de 1993 que trató sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen; la Ley 610 de 2000 que trazó los

lineamientos de la responsabilidad fiscal y el Decreto Ley 267 de 2000 sobre la organización y el funcionamiento de la Contraloría General de la República. La Ley 42 de 1993, en respuesta a otra de las necesidades que se tenían para la fecha en materia de control fiscal como era la de delimitar e individualizar los tipos de control, incorporó a esa función de control principios tales como la equidad, la valoración de costos ambientales, la eficiencia y la economía, los cuales debían ser la hoja de ruta para ejercer el control fiscal.

La Ley 42 de 1993 incluyó un conjunto de preceptos que regulaban los principios, sistemas y procedimientos del control fiscal financiero. Así mismo, organizó un sistema de control fiscal descentralizado donde las controlarías municipales, distritales, departamentales y provinciales tuvieran herramientas y aplicaran el procedimiento legislativo. En tal sentido, el artículo 9 ibídem, de acuerdo con el modelo de control fiscal posterior y selectivo, consagró que la Contraloría, para el ejercicio de su labor, podía utilizar como sistemas de control el financiero, el de legalidad, el de gestión, el de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Además, abrió la posibilidad para que se pudieran utilizar otros sistemas que brindaran mayor tecnología, eficiencia y seguridad a esta labor.

En relación con el control fiscal a la contratación pública, en la Ley 80 de 1993 se dispuso que dicho control podía realizarse en tres momentos: i) cuando se agotaran los trámites administrativos para la legalización de los contratos, es decir, en la etapa precontractual; ii) cuando el contrato estuviera en ejecución, o sea, en la etapa contractual propiamente dicha donde se podría ejercer un control posterior de los pagos originados en el avance del mismo a fin de verificar que estos estuvieran ajustados a las disposiciones legales; y iii) cuando los contratos estuvieran liquidados o terminados según el caso, esto es, en la etapa poscontractual donde se aplicaría el control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

De esta forma, el sistema de control fiscal establecido en la Constitución Política de 1991 y desarrollado en las normas posteriores se caracteriza por i) constituirse como una función pública y autónoma que es ejercida por la Contraloría General de la República; ii) seguir los procedimientos, sistemas y principios que fueron definidos por el legislador; iii) ser ejercido de forma posterior y selectiva; iv) incluir diferentes niveles de la administración pública tanto centralizada como descentralizada por territorio y por servicios; v) constituirse en un modelo

integral de control fiscal el cual comprende la aplicación de un control financiero, de gestión y de resultados que, para lograr su efectividad, utiliza herramientas de apoyo como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno que deben tener las entidades sometidas a vigilancia; vi) fundamentarse en los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales; y vii) cubrir los diferentes sectores, actividades y etapas en los que se manejan bienes o dineros públicos, sin importar la naturaleza de la entidad o persona vigilada, bien sea pública o privada, ni el régimen jurídico al que está sometida (Restrepo Medina y Peláez Gutiérrez, 2021).

Así, puede observarse cómo, en su devenir histórico, el control fiscal que antes existía en Colombia debió adecuarse a los nuevos lineamientos del Estado social de derecho a partir de la Constitución Política de 1991. Esto supone, en primer lugar, la subordinación a las regulaciones propias de los Estados de derecho en lo que se refiere a la implementación de las normas y de las sanciones a conductas que vulneren el erario. En segundo lugar, pero no menos importante, supone asumir compromisos éticos y morales en materia social a cargo de quienes tienen la labor de ser administradores del gasto con el fin de que se puedan cumplir los objetivos y las garantías mínimas que el Estado está en la obligación de ofrecer a sus copartícipes. No puede perderse de vista que estas dos funciones que se le atribuyen al control fiscal en Colombia tienen como propósito principal disminuir la corrupción en el país en tanto los recursos del Estado se manejen con transparencia y eficiencia y aumentar con ello la inversión social.

1.3. El control fiscal concomitante y preventivo incorporado mediante el Acto Legislativo 04 de 2019

Tras casi tres décadas de implementación del control posterior y selectivo, una de las mayores críticas a las que se enfrentó consistió en que solo posibilitaba la actuación del órgano de control cuando el daño o detrimento ya había ocurrido. Esto generó una percepción de ineficiencia e inoperancia y, por ende, una generalizada pérdida de confianza por parte de los ciudadanos en los órganos de control. Por esta razón, en el año 2019, el contralor de la República de ese momento presentó un proyecto de reforma constitucional con el fin de modificar, de forma estructural, el modelo consagrado en la Constitución Política de 1991.

El propósito principal era dotar de herramientas más efectivas al sistema de control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República.

Con esta finalidad, se propuso un nuevo modelo de control denominado “preventivo y concomitante” el cual no desplazó, sino que complementó al modelo “posterior y selectivo”. En tal sentido, el contralor de la época consideró que, si bien el sistema de control fiscal vigente en ese momento había sufrido mejoras significativas a partir de la Constitución Política de 1991, la restricción impuesta por la condición de “posterioridad” de dicho sistema requería ser mitigada mediante un complemento que permitiera, en cierta forma, anticiparse y precaver un potencial daño. Con esto, se vislumbra la posibilidad de abordar el daño, no solo cuando el mismo ya es cierto y, por tanto, está consolidado el detrimento al patrimonio público, sino que, además, se puede determinar anticipadamente cuando se percibe como un riesgo inminente.

Al respecto, el entonces contralor general, en la exposición de motivos, refiriéndose al control posterior señaló:

una de las mayores críticas a las que se ha enfrentado el actual sistema, corresponde a que el ente de control solo actúa después de la ocurrencia del daño; es decir, cuando este se ha materializado, lo que implica en muchas ocasiones que, en contratos o ejecuciones plurianuales, el ente de control deba permanecer inerte, mientras el daño al patrimonio tiene lugar y se consolida (Congreso de la República, 2019).

Con este planteamiento, se exteriorizaba la necesidad apremiante de adelantar un control de los recursos en tiempo real que permitiera al órgano de control intervenir de forma previa a la ocurrencia del daño, esto es, desde que se tuviera indicio de un riesgo de pérdida del patrimonio público.

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta las limitaciones del órgano de control, la reforma propuesta partía de la necesidad apremiante de adaptar el modelo de control fiscal existente a las nuevas dinámicas de la administración pública. Esto implicaba contar con una mayor disponibilidad de recursos tecnológicos y un acceso ilimitado a las grandes fuentes de información con la posibilidad de procesar los datos encontrados para su posterior análisis. Esta circunstancia permitiría posicionar a la Contraloría General de la República a la vanguardia en cuanto a la apropiación de nuevas tecnologías y métodos de auditoría y

fiscalización en aras de generar resultados que apuntaran más a la detección y prevención del daño anticipadamente que a su resarcimiento.

La mencionada propuesta fue acogida y contó con la aprobación del poder legislativo, el cual en un tiempo récord dio su aprobación al contenido del proyecto de Acto Legislativo para reformar la Constitución. Uno de los partidarios y ponentes de la reforma, el senador Roy Barreras, manifestó:

El eje del articulado es otorgarle a la Contraloría la capacidad de un control preventivo y concomitante (...) que permita además una vez decidida la ejecución de los proyectos, acompañar a los alcaldes, los gobernadores, los coordinadores del gasto en una correcta ejecución para poder mejorar las cifras de eficiencia de los entes de control que hoy están apenas en el 0,6% (Senado de la República, 2019).

Esto significa que se pretendía implementar algo que iba más allá de la labor de control. La Contraloría realizaría una suerte de “acompañamiento” en la ejecución de los recursos por parte de las entidades vigiladas.

Desde estos presupuestos, en Colombia fue reformado el sistema de control fiscal mediante el Acto Legislativo 04 de 2019, cuyo desarrollo tuvo lugar con el Decreto 403 de 2020. El propósito fue adoptar el control preventivo para formular advertencias ante riesgos inminentes de afectación al patrimonio público. Uno de los aspectos más relevantes de esta reforma, que incluso fue subrayado en la parte considerativa del citado Decreto, está constituido por tres rasgos: i) el control fiscal, además de ser posterior y selectivo, se puede ejercer de manera preventiva y concomitante cuando sea necesario para la defensa y protección del patrimonio público; ii) el control preventivo y concomitante tiene una naturaleza excepcional y no implica coadministración y, finalmente, iii) se realiza en forma de advertencia al gestor fiscal y debe incluirse en un sistema general de advertencia público.

Este nuevo sistema de control se compone de dos procesos: el primero es temporal y hace referencia al momento en que puede intervenir el órgano de control para prevenir el daño; el segundo es formal y alude a que dicha intervención procede solamente en el evento en que se vislumbre un riesgo que sea inherente a la gestión. Esto último hace referencia a “aquel al que se enfrenta la entidad en ausencia de acciones por parte de la Dirección para modificar su probabilidad o impacto” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2011). Así

las cosas, el control preventivo y concomitante puede entenderse como la integración que hace la actuación fiscal tanto del momento como de la forma, pues su aplicación implica que, a partir de la identificación de un riesgo o de la presunción de un daño sobre el patrimonio público, de manera excepcional, el órgano fiscal actúa junto con la administración para tratar de evitar el daño o la materialización del riesgo (Suárez Gómez, 2021).

El Decreto 403 de 2020 reguló lo concerniente al control concomitante y preventivo en sus artículos 54 a 72. En particular, los artículos 53 a 55 reiteran los límites y el alcance de dicho control, establecido en el artículo 267 de la Constitución Política de 1991. En este sentido, recalcan que su ejercicio es potestad exclusiva del contralor general de la República y que se materializa a través de la función de advertencia. La finalidad es la protección del patrimonio público a través de un seguimiento permanente, y en tiempo real, de los ciclos, procesos, contrataciones y uso de los recursos públicos. En este propósito el acceso a la información y el uso de las tecnologías son de vital importancia.

El artículo 2 del Decreto 403 de 2020 hace una distinción entre control y la vigilancia fiscal, entendidos ambos como funciones públicas. Mientras el control, ejercido desde años atrás, se ocupa propiamente de la labor de fiscalización de la gestión fiscal, la vigilancia fiscal se dirige a observar el avance de las actuaciones públicas sin intervenir en ellas. Esto, solo con el propósito de recopilar información, lo cual, en sí, ya es una función pública, pues la información recopilada le permite al órgano de control contar con herramientas valiosas para ejercer eficazmente su función. Así, a partir de la reciente reforma, la Contraloría distingue en su actuar dos funciones públicas que se diferencian: el control fiscal y la vigilancia fiscal.

La vigilancia fiscal fundamenta el seguimiento permanente a los recursos públicos y cuenta con una metodología propia para este propósito, la cual se encuentra establecida en el artículo 58 del Decreto 403 de 2020 y comprende, a su vez, tres fases: en primero lugar, la fase de planeación, en la que se determinan las actividades de seguimiento a realizar por las dependencias o instancias que internamente la Contraloría de la República haya delegado para realizar ese seguimiento permanente. Además, se plantea, de forma clara, cuáles son esos riesgos que se avizoran en el proceso objeto de vigilancia. En segundo lugar, la fase de ejecución, en la cual se desarrolla la anterior y, en virtud de ella, se aplican los mecanismos que se requieran con el propósito de recopilar la información que sea pertinente para

incorporarla, posteriormente, a un sistema de análisis con el fin de determinar cuáles serían los resultados que podrían darse y qué tan efectivos son los controles aplicados a los riesgos que se identificaron. Por último, se tiene la fase del informe técnico.

El informe técnico, previamente señalado, presenta un compendio de la gestión adelantada y así mismo, se escogen los mecanismos aplicados que se consideren más acertados con los riesgos identificados. Todo esto queda debidamente documentado para que sirva de soporte al proceso con las respectivas conclusiones frente a lo encontrado y las correspondientes recomendaciones para que las instancias competentes, que serían las contralorías delegadas y sectoriales, expidan, a su vez, un informe final que será analizado por el contralor general de la República. Este, luego de evaluarlo, decide la pertinencia de aplicar el control concomitante y preventivo, es decir, finalmente corresponde al máximo representante de la Contraloría decidir sobre la aplicación de este control. De ahí su carácter de excepcional y exclusivo.

El Acto Legislativo 04 de 2019 le ha dado un alcance adicional al control fiscal, pues no solo es posterior y selectivo, sino que prevé la posibilidad de ejercer un control preventivo y concomitante, en cabeza exclusivamente de la Contraloría General de la República. Con la implementación de este nuevo modelo de control fiscal se proyecta la modernización del sistema en cuanto a su efectividad y manteniendo como principales características la posterioridad y selectividad. Sin embargo, retoma elementos que en el país ya se conocían de tiempos pasados, los cuales posibilitan al órgano de control actuar de forma anticipada.

No obstante, es pertinente aclarar que el control posterior aplicado a partir de la Constitución de 1991 no lleva necesariamente a que la labor de control y la determinación de posibles daños fiscales solamente pueda realizarse cuando los contratos hayan finalizado. Es factible hacer un control posterior en aquellas actuaciones o contratos cuya ejecución no ha terminado teniendo en cuenta que, en las mismas, se surten diferentes etapas, las cuales, al irse agotando, pueden ser objeto de un control posterior por parte de los órganos competentes. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al hacer énfasis en que, a la luz del principio de interpretación, se debe entender que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales. Esto incluye el proceso de manejo e inversión; además, se proyecta sobre la evaluación de los resultados obtenidos con

la utilización de esos recursos de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados (Sentencia C-967 de 2012).

Un análisis crítico de la reforma al control fiscal que se incorporó a la Constitución Política de 1991, mediante el Acto Legislativo 04 de 2019, permite establecer que no obedece a modificaciones sustanciales ni novedosas en su estructura. Lo que se adiciona es una serie de mecanismos para darle más alcance al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República que, años antes, ya se habían utilizado y que deben coexistir con la prevalencia del modelo posterior y selectivo. Estos mecanismos, traducidos a nuevas facultades en su aspecto más relevante, como es el control preventivo, de competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, a la larga, a título de tesis, posibilitarían que se fortalezca nuevamente el centralismo en desmedro de la autonomía de las contralorías territoriales, las cuales, sin razón alguna, fueron excluidas de ejercer este control.

Capítulo II

2. El desarrollo normativo de la función de advertencia como herramienta para la efectivización del control fiscal

El Decreto 403 de 2020 adicionó el control concomitante y preventivo a los sistemas de control ya existentes en Colombia. Una de las principales herramientas para su materialización es la facultad de formular advertencias sobre un evento o riesgo identificado. Esta facultad, de acuerdo con el artículo 68 del Decreto 403 de 2020, consiste en un pronunciamiento no vinculante emitido por el contralor general de la República, en el cual se previene al gestor fiscal sobre la detección de un riesgo inminente de pérdida de recursos públicos o de la afectación negativa de bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública. Esta figura supone un llamado de atención a las entidades bajo control con el propósito de intervenir antes de que se adopten las decisiones administrativas o de que se concluya la ejecución de los procesos de gestión fiscal.

El presente capítulo busca analizar el alcance de la función de advertencia establecida en el modelo de control fiscal concomitante y preventivo, adoptado en el Acto Legislativo 04 de 2019 y desarrollado en el Decreto 403 de 2020, de cara al modelo plasmado anteriormente en el Decreto 267 de 2000. Esto, en aras de hacer un comparativo entre las normas que han desarrollado esta figura del control fiscal y, de esta manera, identificar las diferencias y similitudes que guardan tanto en su regulación como en su desarrollo. Este análisis, si bien tiene un enfoque principalmente descriptivo, involucra una argumentación desde el problema objeto de estudio, pues se busca mostrar la existencia o no de una posible transgresión a normas de rango constitucional.

En este apartado se aborda la función de advertencia en orden cronológico. Inicialmente se expone la figura de la función de advertencia como fue establecida en el Decreto Ley 267 de 2000. Posteriormente, se hace una reconstrucción del pronunciamiento que la Corte Constitucional hizo en la Sentencia C-103 de 2015 sobre la función de advertencia y de la manera como fundamentó su invalidación. Finalmente, se analiza la cuestión principal de esta investigación, a saber, dilucidar si esta figura representa un avance innovador en la reforma al control fiscal plasmada en el Acto Legislativo 04 de 2019 o si, por el contrario, se

trata de una regresión en el sistema de control fiscal colombiano con las implicaciones normativas que ello traería, en particular, respecto del principio de separación de poderes.

2.1. La función de advertencia establecida en el Decreto Ley 267 de 2000

Con el sistema de control fiscal posterior y selectivo, implantado mediante la Constitución Política de 1991, se pretendía lograr un gran avance que respondiera a la necesidad de modernizar el control fiscal en Colombia. Sin embargo, unos años después de su adopción fue objeto de críticas por parte de los responsables de los organismos de control fiscal debido a los límites que el control posterior les imponía en su labor de fiscalización. Por tal razón, impulsaron y apoyaron normas que les permitieran aumentar su accionar. Una de ellas fue el Decreto Ley 267 de 2000, expedido por el presidente de la República con fundamento en el artículo 1.1 de la Ley 573 de 2000 que lo facultaba para modificar la estructura y el régimen de personal de la Contraloría General de la República, mediante el cual se adoptaron diferentes disposiciones para fortalecer a la Contraloría en cuanto a su organización, estructura y funciones, buscando con ello subsanar las falencias derivadas del control posterior.

El Decreto Ley 267 de 2000, en su artículo 5, estableció que la Contraloría General de la República desarrollaría nueve funciones para el cumplimiento de su misión y objetivos constitucionales. Una de ellas, contemplada en el numeral 4, facultaba a la Contraloría para advertir sobre operaciones o procesos que se encontraran en ejecución a fin de prever graves riesgos que pudieran comprometer al patrimonio público y, así mismo, podía luego ejercer el control posterior sobre aquellos hechos que fueron identificados. Con esta facultad, se le otorgó a la Contraloría General de la República la posibilidad de generar advertencias a las entidades bajo su vigilancia para alertar sobre potenciales riesgos de detrimento a los recursos públicos desde la fase de ejecución contractual.

Dado que no se reglamentó la aplicación y procedencia de la función de advertencia establecida en el Decreto 267 de 2000, la Contraloría General de la República fijó los lineamientos sobre los que debía operar mediante circulares. Con este fin, se expidió la Circular 005 del 21 de junio de 2007 por el entonces contralor general de la República en la que se indicó que ésta era una función excepcional que devenía de la atribución marco de

vigilancia de la gestión fiscal, pero que no constituía, en modo alguno, un sistema de control fiscal, el cual es posterior y selectivo; por tanto, el momento para su ejercicio debe ser anterior a la expedición de dictámenes propios del ejercicio auditor.

La Circular 005 del 21 de junio de 2007 precisó que la filosofía de la función de advertencia radicaba en presentar al gestor fiscal, ante operaciones o procesos que se encontraran en ejecución, las evidencias de un potencial riesgo que, a futuro, pudiera ocasionar detrimento al patrimonio público. De esta forma, si así lo consideraba el gestor fiscal, podía adoptar, de manera inmediata, las medidas y acciones encaminadas a corregir la situación de riesgo. Esto no impedía que, más adelante, el órgano de vigilancia y control fiscal volviera sobre esas operaciones o procesos con el fin de adelantar el control que constitucionalmente le correspondiera, una vez estos hubieran concluido. Además, su aplicación era de carácter excepcional; por tanto, solamente procedía para asuntos que, por su connotación, así lo ameritaran. Independientemente de que la advertencia fuera o no acatada por la entidad, puntualizó la Circular, la Contraloría, posteriormente, debía efectuar el control sobre los hechos que fueron objeto de dicha advertencia.

Respecto a la oportunidad y al modo como se debía aplicar la función de advertencia, la Circular 005 estableció que su realización debía estar inmersa en el proceso auditor, pues en desarrollo de este se podían detectar los riesgos potenciales, es decir, su ejercicio no podía ser producto de una actuación aislada, sino que se derivaba del ejercicio de aplicación de los sistemas técnicos del control fiscal, los cuales se encontraban contenidos en la guía de auditoría correspondiente. En el evento que, por medios distintos al proceso auditor, se conociera sobre los hechos que ameritaran aplicar la función de advertencia, lo que procedía era que la Contraloría ordenara, por escrito, que se adelantara la modalidad de auditoría correspondiente o que, con carácter urgente, se realizaran los estudios requeridos para poder obtener elementos de juicio que permitieran utilizar la precitada función. Además, no se podía utilizar cuando el proceso auditor estuviera en su última etapa, pues su aplicación debía hacerse en cuanto el riesgo fuera detectado y no ad-portas de culminar el ejercicio auditor.

Frente al contenido y al alcance de la función de advertencia, la Circular 005 de 2007 señaló que ésta se limitaría solo a “indicar los posibles riesgos detectados” y que tales indicaciones debían estar desprovistas de alocuciones donde se sugirieran las acciones que debería tomar

la administración o el gestor fiscal para superar o minimizar el riesgo o amenaza, toda vez que tales acciones se enmarcarían dentro de la coadministración, entrando en la órbita de competencias propiamente administrativas. Así mismo, en relación con la competencia para hacer uso de dicha figura, en el entendido de que era una función excepcional, la citada Circular dispuso que su aplicación era potestad solamente del Contralor General de la República o de los contralores delegados para la vigilancia fiscal sectorial. Además, su utilización procedía solo para los casos que ellos consideraran como de impacto o relevancia social.

En términos generales, puede decirse que el Decreto Ley 267 de 2000 enfatizó la autonomía administrativa, presupuestal y contractual que la Contraloría General de la República ya tenía desde la Constitución Política de 1991 y, a su vez, se encargó de desarrollar funciones y competencias que le habían dado las normas sobre presupuesto y contratación estatal. Además, revivió una figura que le permitía a la Contraloría formular advertencias sobre operaciones y procesos en ejecución y que, en su criterio, pudieran generar un detrimento a los recursos públicos. La función de advertencia se constituyó, entonces, en una herramienta eficaz para dinamizar y hacer más oportuno el control en tanto le permitía señalar, al sujeto controlado, que la realización de ciertas actividades podían ocasionar un daño al patrimonio del Estado y que, por lo tanto, era necesario que revisara su proceder respecto del asunto en cuestión.

Dicho de otro modo, la función de advertencia era un llamado de atención que necesariamente la entidad objeto de control debía atender. Adicionalmente, tal y como se estableció en la Circular 005 de 2007, más adelante la Contraloría volvería a revisar las medidas tomadas por la entidad luego de recibida la advertencia. En este contexto, la función de advertencia tendía a generar un condicionamiento en las decisiones a adoptar por las entidades vigiladas con el fin de que sus actuaciones fueran refrendadas posteriormente por la Contraloría.

Es importante observar que, con anterioridad a la Constitución Política de 1991, existió una figura denominada “control de advertencia” con la cual se pretendía darle un mayor alcance al control fiscal, figura que, en su momento, como ya se mencionó, fue eliminada por el constituyente de 1991 al considerar, de manera unánime, la inconveniencia que la misma

representaba para la independencia de las entidades auditadas, pues, en opinión del constituyente, el ejercicio del control fiscal debía hacerse de forma posterior y selectiva para evitar que se incurriera en coadministración.

Podríamos decir entonces que al adoptarse la función de advertencia mediante el Decreto 267 de 2000, la Contraloría retomó una facultad que otrora ya había tenido, no obstante, en esta oportunidad, a través de la Circular 005 de 2007, se impartieron directrices que buscaban regular y delimitar de forma clara los alcances de la función de advertencia con el fin de evitar intromisiones innecesarias, abusos o desviación de poder. Sin embargo, esto no impidió que efectivamente se materializaran tales desmanes y, por tal razón, fue declarada su inconstitucionalidad mediante la Sentencia C-103 de 2015.

2.2. Análisis constitucional de la función de advertencia realizado en la Sentencia C-103 de 2015 desde el respectivo marco normativo vigente

Luego de que la función de advertencia fuera establecida por el Decreto 267 de 2000, la Corte Constitucional solo se pronunció sobre la misma en dos ocasiones. La primera fue en la Sentencia C-967 de 2012. En esa oportunidad, el alto tribunal consideró acorde a la Constitución una norma donde se autorizaba que los acuerdos, transacciones y conciliaciones establecidos por las partes con el propósito de terminar las controversias y poder declararse a paz y salvo podían ir en el acta de liquidación de los contratos estatales. En dicho pronunciamiento se advertía que si bien es plausible el fin constitucional al que apunta la función de advertencia ejercida por la Contraloría General de la República, ello no justifica que se puedan sobrepasar los límites trazados por la Constitución al órgano de control, los cuales claramente indican, de un lado, el carácter posterior, no previo, que deben observar las intervenciones de la Contraloría y; de otro lado, la prohibición de que en el ejercicio de sus actuaciones se produzca una especie de injerencia o coadministración en las decisiones propias de las entidades que son sujetos de control. No obstante, en la mencionada Sentencia, la Corte Constitucional no se ocupó de analizar si dichos límites eran respetados por la función de advertencia debido a que era otro el problema jurídico estudiado por el alto tribunal en ese momento.

En la segunda ocasión, mediante la Sentencia C-103 de 2015, la Corte examinó los cargos presentados por una ciudadana en contra del numeral 7 del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000, al argumentar que el contenido normativo formulado en dicha disposición vulneraba el artículo 267 de la Constitución y, en particular, lo determinado en sus incisos 2, 3 y 4. En esta oportunidad, la corporación se encargó de estudiar y determinar dos asuntos relacionados con la función de advertencia: el primer interrogante a despejar era si la función de advertencia, que estaba contemplada en la norma demandada, observaba la característica de posterioridad que la Constitución le había asignado al control fiscal externo que ejercía la Contraloría o si, por el contrario, ésta representaba una modalidad de control previo. La segunda incógnita a resolver era si, mediante el ejercicio de la mencionada función, la Contraloría General de la República intervenía en la toma de decisiones de tipo administrativo, configurando con ello una especie de coadministración, la cual está constitucionalmente desterrada.

Una vez realizado el correspondiente examen, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-103 de 2015, llegó a dos conclusiones relevantes frente a la función de advertencia: la primera conclusión es que “[l]a función de advertencia implica una intervención de la Contraloría con carácter previo a la adopción de decisiones y la culminación de los procesos y operaciones administrativas”. La segunda conclusión a la que llegó el alto tribunal es que “[l]a función de advertencia representa una intervención previa del ente de control susceptible de incidir en la toma de decisiones administrativas y, por tanto, constituye una modalidad de coadministración”.

Frente a la primera conclusión, explicó la Corte Constitucional que, tal como se deriva de la literalidad de la norma en comento, la función de advertencia se utiliza para “operaciones o procesos en ejecución” y conforme a los parámetros establecidos por la Contraloría General de la República, es una herramienta cuyo carácter es “preventivo y proactivo” que posibilita al ente de control intervenir con antelación a la terminación de los procesos que involucran gestión fiscal, de forma que el órgano no actúe solo como un “mero certificador de detrimentos al patrimonio público” (Sentencia C-103 de 2015). Es claro, entonces, que es justamente ese carácter previo y no posterior, el que dota de sentido a la mencionada función.

Teniendo en cuenta que al formular una advertencia se está efectuando un llamado de atención que permite una intervención del ente de control en las operaciones o procesos en ejecución para evitar un detrimento al patrimonio público, cabe aclarar que no se trata de una actividad de simple vigilancia, sino que conlleva el ejercicio pleno del control fiscal. Por ello, es necesario que se someta a los límites constitucionales fijados para su legítimo ejercicio. La función de advertencia involucra una intervención de la Contraloría General de la República de forma previa a la adopción de las decisiones y a la terminación de las operaciones y procesos de la administración. Esta herramienta de control fiscal se utiliza de forma previa a la finalización de las operaciones y procesos que son vigilados por la Contraloría, por tanto, la norma que la contempla contradice lo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política de 1991 frente al carácter posterior que comporta el ejercicio del control fiscal.

Sobre el particular, la Contraloría planteó que la aplicación de la función de advertencia deviene de la competencia general atribuida por el artículo 119 de la Constitución Política de 1991 a dicho órgano de control en el marco de la labor de vigilancia fiscal. Por lo tanto, no constituye propiamente una forma de ejercer el control fiscal en tanto este es el que debe tener el carácter de posterior. Bajo esta premisa, la función de advertencia no vulneraría el límite que fue establecido en el artículo 267 constitucional, pues sólo aplicaría para las acciones que impliquen control, no para las que comporten una forma de vigilancia.

Frente a este planteamiento de la Contraloría, la Corte Constitucional considera que el sentido en que son empleados los términos de “vigilancia y control” en la Constitución no resulta concluyente al momento de hacer una distinción entre ambas funciones. Aunque en algunas disposiciones como el artículo 119 y en el inciso 2 del artículo 267 constitucionales parece que se utilizan con sentidos diferentes, en otros apartes, como los incisos 1 y 3 del artículo 267 tienden a emplearse como sinónimos. No obstante, acudiendo al criterio semántico de ambas acepciones es posible diferenciar entre tales términos si se indica que la “vigilancia” se entiende como una mera observación en tanto el “control” comprende, además de la vigilancia, una intervención sobre el objeto que se controla, es decir, éste último va más allá de la simple observación.

La Corte Constitucional estima que la labor de control implica diversas formas de interacción con las operaciones y procedimientos desarrollados por la entidad objeto de control. Esa interacción abarca una amplia gama de actividades, como pueden ser la expedición de conceptos, observaciones, advertencias, la formulación de hallazgos fiscales, cuando se adelantan los procesos sancionatorios y al momento de imponer las sanciones correspondientes. Estas formas de intervención, debido a que involucran control, únicamente pueden ser adelantadas de manera posterior. Este es un criterio que ha manejado la Corte Constitucional en anteriores decisiones (Sentencias C-623 y 119 de 1999; C-648 de 2002; C-577 de 2009 y C-967 de 2012) que se relacionan con el alcance del mencionado límite constitucional y, de las cuales, se desprende que, aunque la Contraloría tiene la facultad constitucional para observar de forma atenta a las entidades objeto de control cuando las mismas adelantan sus procesos y ejecutan sus decisiones, no le es permitido inmiscuirse ni anticiparse en esos procesos y decisiones. Esta debe ubicarse justo detrás a fin de que pueda ejercer la vigilancia a una distancia prudente, respetando así el carácter a posteriori de su intervención y, de esta forma, conservar la autonomía exigida al órgano de control.

La norma en comento, a juicio de la Corte, iría más allá de la simple función de vigilancia fiscal por cuanto, en la práctica, la función de advertencia que adelanta la Contraloría no es un mero acto de observación de las actividades ejecutadas por las entidades objeto de control donde se manejan recursos públicos con el fin de recolectar información que pueda utilizarse como insumo para realizar el control de la gestión fiscal a posteriori cuando ya las decisiones administrativas hayan sido adoptadas o estén ejecutados los procesos. Por el contrario, la formulación de advertencia implica, desde su misma definición, un llamado de atención con el claro objetivo de actuar antes de que culminen la ejecución de los procesos que involucren gestión fiscal o de que las entidades adopten las decisiones administrativas a fin de impedir que se consume u ocasione un detrimento al erario. Por ende, manifiesta la Corte que no se trata de una mera modalidad de vigilancia sino de una forma plena de control fiscal, la cual, debe respetar, en todo caso, los límites constitucionales establecidos para el ejercicio legítimo de este.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional concluyó que la función de advertencia, obrando como un mecanismo de control fiscal, se adelanta de forma previa y no

posterior a la culminación de las operaciones o procesos sometidos a vigilancia fiscal y a la adopción de las decisiones administrativas. Esto necesariamente lleva a que la norma que estableció dicha figura vulnera lo contemplado en el artículo 267 constitucional en lo referente al carácter posterior que necesariamente debe tener la función de control fiscal.

En cuanto a la segunda conclusión a la que llegó el alto tribunal en la Sentencia C-103 de 2015 tenemos que “[l]a función de advertencia representa una intervención previa del ente de control susceptible de incidir en la toma de decisiones administrativas y, por tanto, constituye una modalidad de coadministración”. La Corte Constitucional toma en consideración las cautelas que el propio órgano de control, en circulares internas, ha dispuesto para el ejercicio de dicha función al establecer que (i) ha de limitarse a la formulación de la advertencia absteniéndose de utilizar un tono imperativo y de indicar o sugerir posibles acciones que debería adelantar el gestor fiscal para evitar o mitigar el riesgo y (ii) que las mencionadas advertencias deberán estar desprovistas de cualquier efecto vinculante, en razón a que el gestor fiscal tiene libertad para atenderlas o no.

En este punto, es preciso reconocer que, las mencionadas previsiones adoptadas por la Contraloría a través de circulares internas con el fin de impedir la indebida aplicación de la función de advertencia, ciertamente establecen una gran diferencia con los conceptos emitidos por esta entidad bajo el esquema anterior de control previo, imperante hasta la Constitución Política de 1991, algunos de los cuales fueron declarados nulos por parte del Consejo de Estado en su momento. El carácter vinculante que de forma explícita incluían dichos conceptos, sin lugar a duda, configuraba una indebida injerencia en las actuaciones de los gestores fiscales y una directa transgresión a la prohibición de coadministración que, para la época, se encontraba establecida en el artículo 59 de la Constitución Nacional de 1886.

No obstante, estima la Corte que, aun con tales previsiones, la función de advertencia comporta, en su ejercicio, una forma de control *ex ante*, el cual conlleva una capacidad cierta de influenciar las actuaciones y decisiones de las operaciones y de los procesos a cargo de las entidades objeto de vigilancia, por cuanto conserva la capacidad disuasoria respecto de las entidades destinatarias de la advertencia para orientar la acción frente a la situación irregular. De tal suerte, la Corte considera que si el máximo órgano de control externo, formula un llamado de atención respecto de un posible riesgo de daño patrimonial

vislumbrado en una actuación administrativa, aun si ese llamado está desprovisto de un tono imperativo y pese a que carezca formalmente de efectos vinculantes, indudablemente, tiene una capacidad disuasoria real, lo que, en la práctica, conlleva a que la entidad destinataria del mismo suspenda la decisión o modifique el curso de la actuación respecto de la cual la Contraloría se ha pronunciado.

Para el alto tribunal, la hipótesis contemplada en la norma objeto de reparo supone un escenario en donde quien expide la advertencia se encuentra en una posición de autoridad superior en relación con el destinatario de la misma. Es precisamente el ente que se encarga de ejercer además del control externo, la potestad sancionadora en asuntos fiscales sobre las personas y entidades objeto de este control. De esta forma, si bien la Contraloría al formular sus advertencias no lo hace en un tono imperativo y se cuida de exigir o indicar a las entidades vigiladas un determinado actuar, debido a la posición en que se ubica este organismo respecto de las entidades receptoras de las advertencias, genera en estas una inclinación a tomar esas advertencias como directivas de obligatorio cumplimiento y, por consiguiente, a otorgarles una importancia determinante en el momento en que se razona sobre la conveniencia del acatamiento a la advertencia recibida.

La Corte Constitucional señala que la capacidad efectiva que supone la formulación de advertencias para influenciar negativamente sobre las decisiones que deben tomar las entidades objeto de control en materia fiscal es determinada principalmente por dos situaciones: la primera porque, de acuerdo a lo establecido en la norma objeto de revisión, el empleo de la función de advertencia implica, además, la aplicación del control posterior sobre aquellos procesos que fueron objeto de la función de advertencia. En dichos casos, el control a posteriori pasa de ser una simple posibilidad abstracta dado su criterio selectivo a convertirse en algo cierto, en tanto el receptor de la advertencia sabe que la actuación que fue objeto de observación, posteriormente, será objeto de control fiscal. La segunda situación se debe a que la libre determinación de la entidad a quien va dirigida la advertencia se merma de forma ostensible. Ello, en tanto la libre determinación permite que se pueda escoger entre diferentes alternativas de actuación, pero si una de ellas ha sido objeto de censuras por el órgano que tiene a su cargo la función de adelantar el control fiscal externo, con las facultades para investigar y, de forma eventual, aplicar una sanción o solicitar que se impongan

sanciones de tipo disciplinario a los funcionarios que no han atendido la advertencia, la situación cambia. Una consideración elemental de racionalidad práctica apunta a que al recibirse una advertencia se disminuyen las posibilidades de decisión autónoma del responsable fiscal, por cuanto se vuelve muy riesgoso optar por la ruta que ya ha sido objeto de reproche por parte del órgano de control.

Por lo anterior, señala la Corte, en la Sentencia C-103 de 2015, que resulta una contradicción el indicar que las entidades objeto de la advertencia tienen libertad plena para acoger o no las advertencias que emite la Contraloría General de la República. El Ministerio Público, en el concepto que rindió para el presente examen de constitucionalidad, señaló que

en el caso que los servidores públicos no tengan en cuenta las advertencias que les presenten los organismos de control siendo conscientes de sus errores, las mismas se constituyen en elementos que agravan sus responsabilidades en los casos de las actuaciones posteriores que tales organismos tengan que ejercer por las conductas de los funcionarios contrarias a la preservación del orden jurídico o del patrimonio público (resaltos propios)” (Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015).

Conforme a lo señalado, la Corte Constitucional opina que, si bien la capacidad disuasoria que lleva inmersa la formulación de advertencias por parte del máximo órgano de control es una manifestación de la idoneidad que tal herramienta tiene para el logro de legítimos cometidos constitucionales, esta figura implica consecuencias negativas de consideración mayor tanto para la actividad administrativa del Estado y la gestión fiscal, como desde la salvaguarda de los principios constitucionales, en tanto configura un tipo de coadministración que va en contravía de la prohibición señalada en el artículo 267 superior.

Todas las consideraciones mencionadas llevaron a la Corte a concluir que la función de advertencia, conferida por la norma acusada a la Contraloría General de la República, no obstante que apunte a la consecución de objetivos que son constitucionalmente legítimos, como son los de la eficiencia y la eficacia de la vigilancia fiscal confiada a este órgano, infringe los límites del actuar fijados en el artículo 267 de la Constitución, por lo que el tribunal constitucional, mediante la Sentencia objeto de análisis, declaró la inconstitucionalidad de la función de advertencia establecida en el numeral 7 del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

En la Sentencia C-103 de 2015, la Corte distingue dos tipos de control: un control externo que es ejercido por la Contraloría General de la República, por las contralorías territoriales y por la Auditoría General de la República; y un control interno, que es realizado por las mismas entidades públicas. Frente a este particular, el máximo tribunal, anteriormente había señalado que no se podía entender que estaba abierta la posibilidad de que la Contraloría General de la República interviniera en los procedimientos de control interno adoptados por las entidades con el fin de lograr sus cometidos, pues de ser así, el órgano de control se encontraría, de forma indirecta, interviniendo en asuntos de coadministración que le están vedados constitucionalmente. Debía entenderse como una facultad de armonización y diseño de los sistemas de control atribuido a las instituciones, a cuyo cargo se encuentra el control fiscal y de resultado externo consagrado en la Constitución Política (Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 1993).

Como resultado de estas consideraciones, el ejercicio de emitir funciones de advertencia que venía siendo aplicado por la Contraloría General de la República fue asumido por el control interno de las entidades públicas por ser las primeras llamadas a emplear los mecanismos más idóneos que apunten a la prevención del daño patrimonial en procura de una gestión fiscal eficiente, económica, eficaz, equitativa y que tenga en cuenta la valoración de los costos ambientales.

2.3. La función de advertencia a la luz del Acto Legislativo 04 de 2019 ¿un avance innovador o una regresión en el sistema de control fiscal colombiano?

Con el propósito de subsanar el vacío normativo que le impedía a la Contraloría General de la República aplicar la función por la cual podía generar una alerta antes de la culminación de los procesos u operaciones en las entidades bajo vigilancia, el entonces contralor, Carlos Felipe Córdoba, propuso una reforma a la Constitución que permitiera al control fiscal, además de ser posterior y selectivo, también concomitante y preventivo. Esto, con el fin de que se pudiera hacer un acompañamiento preliminar a los responsables de la gestión fiscal en aras de procurar una mejor ejecución de los recursos y, de esa forma, recuperar la función de advertencia.

Con tal fin, el Acto Legislativo 04 de 2019, por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal en Colombia, en su artículo 2, modificó el artículo 268 de la Constitución Política de 1991, el cual confiere diversas atribuciones al contralor general de la República. En una de ellas contenida en el numeral 13 ibidem, se le faculta para

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.

Como puede observarse, mediante la reforma introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019, la función de advertencia se elevó a rango constitucional y se constituyó en la herramienta idónea por la cual se materializa el nuevo control concomitante y preventivo.

La advertencia establecida en el Acto Legislativo 04 de 2019 se materializa en un pronunciamiento por medio del cual el contralor general previene al gestor fiscal respecto de la detección de un riesgo inminente de detrimento o pérdida de recursos públicos. Su fin principal, además del cuidado del patrimonio público, es buscar que quien realiza gestión fiscal haga una evaluación autónoma para la adopción de aquellas medidas que estime más convenientes para adelantar el control sobre los hechos observados, de tal suerte que se evite la producción del daño o el incremento del mismo.

Conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 04 de 2019, la función de advertencia se materializa a través del siguiente procedimiento: (i) la Contraloría General de la República, valiéndose de sus facultades de policía judicial, recolecta la información obrante en las entidades con el fin de verificar el efectivo ejercicio de la gestión fiscal; (ii) en el evento que la entidad se abstenga de suministrar la información requerida, la Contraloría puede hacer uso de las facultades sancionatorias llegando incluso a la suspensión del funcionario que omitió entregar la información; (iii) una vez que la información es recolectada y analizada, el contralor general de la República puede, si así lo considera, emitir una advertencia a la entidad sometida al control preventivo y concomitante si, a su juicio, advierte un riesgo inminente de daño al patrimonio público. (iv) En la advertencia emitida se indicará que la misma será utilizada como insumo para efectuar un control posterior y selectivo por parte de

la Contraloría en el ejercicio de las auditorías regulares y especiales. (v) En el evento que se llegue a presentar la consumación del daño a causa del desacato a la advertencia, o también en el evento que la misma sea acatada, esto también será un insumo que permitirá realizar una valoración más a fondo de la conducta adoptada, frente a un eventual proceso de responsabilidad fiscal.

El Decreto 403 de 2020, por el cual se dictaron normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y para el fortalecimiento del control fiscal, desarrolla la función de advertencia en los artículos 67 a 72. Allí, se señala claramente que este es un instrumento cuya aplicación reside exclusivamente en el contralor general y que sirve como instrumento para la aplicación del control concomitante y preventivo.

Una particularidad importante de esta figura es que la misma procede en relación con asuntos que estén en trámite o en ejecución y donde se advierta, por el órgano de control, que existe un inminente riesgo de pérdida de recursos públicos. Significa lo anterior que el riesgo debe ser cierto y que, frente a este, el daño sería potencial. Dicho de otro modo, debe ser un riesgo que, desde un punto de vista racional, resulte probable su materialización en un corto plazo y, por lo tanto, que al concretarse se produzca una afectación o un daño a los recursos y bienes públicos. Adicional a los anteriores criterios, también dispone la norma que la advertencia procederá sobre temas que tengan una trascendencia social, un alto impacto ambiental o una alta connotación económica. De tal suerte que es al contralor general a quien le corresponde determinar sobre qué cuestiones se apliquen los criterios antes mencionados.

El Decreto 403 de 2020 dispuso también la creación de un Sistema General de Advertencia Pública –SIGAP–, el cual se encuentra regulado en los artículos 70 y 71. Este permitirá la administración de la información sobre las advertencias realizadas. En el SIGAP estarán almacenados los registros actualizados de las advertencias formuladas y, en ellos, se podrán consultar datos como la identificación de la entidad, el gestor fiscal, el asunto que fue objeto del control y, además, el contenido de la advertencia. Así mismo, estableció la norma que el SIGAP tendrá una relatoría con la recopilación de las principales advertencias a fin de que puedan servir como una fuente de consulta de buenas prácticas para la gestión fiscal y como un banco de almacenamiento de los resultados positivos generados a raíz de las advertencias y de las medidas o acciones adoptadas por los gestores fiscales.

Es importante indicar que, si bien se han presentado varias demandas de inconstitucionalidad frente a esta figura de control, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-140 de 2020, falló la exequibilidad del control concomitante y preventivo e, igualmente, de la exequibilidad en cuanto a la facultad por parte del contralor general para emitir la advertencia establecida en el Acto Legislativo 04 de 2019. En la mencionada Sentencia, la Corte Constitucional estima que el control concomitante y preventivo no constituye una forma de control previo, como tampoco una forma de coadministración y que, en modo alguno, este atenta contra el principio de separación de poderes. El alto tribunal observa que, por el contrario, esta forma de control es complementaria del control posterior y selectivo, el cual seguirá siendo la regla general. El control preventivo y concomitante viene a ser excepcional, con unos límites y cautelas para su aplicación. La forma en que se materializa es con advertencias que, en todo caso, no son vinculantes para las entidades vigiladas.

En cuanto a las anteriores consideraciones esbozadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-140 de 2020 es importante efectuar algunas precisiones:

a) Conforme a lo expuesto en la Sentencia C-140 de 2020, el control concomitante y preventivo no posee el mismo alcance que, en su momento, tuvo el control previo vigente hasta la expedición de la Constitución Política de 1991. Esto, debido principalmente a que no implica, en ningún evento, la autorización de pagos, ni de ejecuciones presupuestales o contrataciones. No obstante, en la aplicación de la advertencia se pueden evidenciar algunos aspectos que son claras manifestaciones de una intervención anticipada o previa por parte del órgano de control y que, en su momento, la Corte Constitucional consideró como una forma de coadministración.

b) Con el fin de dar una mayor ilustración sobre la postura adoptada por el tribunal constitucional es pertinente recordar las dos consideraciones que la propia Corte Constitucional planteó en la Sentencia C-103 de 2015 para declarar la inconstitucionalidad de la función de advertencia contemplada en el artículo 5, numeral 7, del Decreto Ley 267 de 2000 y que ya fueron analizadas en el presente capítulo: en primer lugar, la Corte manifestó que la función de advertencia era una forma de control previo y; en segundo lugar, la reconoció como un llamado de atención por parte del máximo órgano de control hacia el

sujeto vigilado, el cual necesariamente influía en la libertad y autonomía de este último para adoptar sus decisiones.

c) El Acto Legislativo 04 de 2019 estableció la función de advertencia como el mecanismo principal para ejecutar el control preventivo y concomitante. Aunque en el mismo se exprese, de forma literal, que no representa una forma de coadministración ni tampoco un tipo de prejuzgamiento al gestor fiscal que es destinatario de la advertencia, indudablemente, ésta tiene el suficiente alcance para influenciar las decisiones que deba tomar la administración, en tanto se utiliza como un insumo para el ejercicio del control posterior y selectivo en el evento que el daño advertido llegue a materializarse.

Conforme a lo expuesto, puede concluirse, sin mayores esfuerzos interpretativos, que en la función de advertencia establecida por el Decreto 403 de 2020 vuelven a estar presentes muchas de las características que otrora se encontraban en la función de advertencia contenida en el numeral 7 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000, la cual fue considerada inconstitucional por el alto tribunal, al concluir que con ella se desconocía la regla de que el control debía ser posterior. De tal suerte, genera confusión que la anterior función de advertencia haya sido catalogada como una forma de control previo, pero actualmente, al emplearse como la concreción del control concomitante y preventivo, la Corte Constitucional desestime estos mismos cargos con fundamento en que no representa un control previo por cuanto la misma norma constitucional estableció algunas restricciones y limitaciones a fin de evitar que lo fuera, sin tener en cuenta que, en vigencia de la función de advertencia del Decreto 267 de 2000, se tenían estas mismas restricciones y limitaciones con la diferencia que, en esa ocasión, fueron fijadas por el mismo ente de control, lo que en modo alguno restaba su validez.

Así, los principales rasgos de ambas figuras son equiparables. En ese orden de ideas, está latente el cuestionamiento que tuvo la primera relacionado con la coadministración a que puede conllevar su ejercicio y, este es precisamente el aspecto más controversial que esta figura entraña, el cual estuvo presente anteriormente y seguirá presente en la actual advertencia, no obstante que la Corte haya declarado su exequibilidad. Independientemente de que se diga que la función de advertencia, por la cual se concreta el control concomitante y preventivo, no es una forma de control previo, esta sigue teniendo connotación preventiva

y anticipatoria, en tanto se utiliza para evitar que el daño al patrimonio público se materialice. Su ejercicio, entonces, comporta una influencia en la adopción de decisiones propias de las entidades vigiladas y, por ende, se configura en una suerte de coadministración que no alcanza a ser resuelta con la prohibición normativa.

2.4. La incidencia de la función de advertencia en el principio de separación de poderes

El principio de separación de poderes proporciona los lineamientos que permiten definir la estructura y establecer los límites de los poderes públicos en Colombia. Este implica una distribución del poder del Estado donde cada uno de los órganos que lo conforman posee unas funciones y atribuciones que le fueron otorgadas, en su momento, por el constituyente primario. No obstante, el ejercicio de estas funciones no puede hacerse de forma aislada, pues es necesaria la colaboración entre los diferentes órganos del Estado para satisfacer necesidades sociales y políticas de orden general. La colaboración a la que se hace referencia supone cierta flexibilidad en las facultades que ostentan estos órganos, pero sin sobrepasar los lineamientos señalados en la Constitución Política, la cual ha dejado claro que ningún órgano del Estado puede ejercer competencias distintas a las que le fueron atribuidas por el constituyente primario.

La Constitución Política de 1991 establece que cada uno de sus órganos debe tener autonomía e independencia. Pese a ello, en el evento de una reforma, el núcleo mínimo de competencias que componen dichas funciones no puede ser desfigurado en abuso del poder de reforma. El hecho de que el poder constituyente derivado tenga competencia para modificar, no implica que pueda sustituir la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003). Lo anterior, significa que hay un ámbito constitucional que es inmodificable. El ámbito al que se hace referencia lo componen aquellos elementos que son definitorios de la Constitución y que determinan sus condiciones de existencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, de forma insistente, ha reconocido en principios como la separación de poderes ejes definitorios de la Constitución Política de 1991 (Sentencias C-970 y 971 de 2004; C-1040 de 2005; C-141 de 2010; C-171 de 2012 y C-285 de 2016). Por lo tanto, este principio no es susceptible de ser suprimido o sustituido por el constituyente derivado, por cuanto es necesario que el poder político sea limitado para evitar que se abuse de él.

Si bien la Corte Constitucional, de forma reiterada y consecutiva, ha reconocido que el principio de separación de poderes tiene una importancia y un alcance fundamental en la definición de la estructura del Estado, en la Sentencia C-970 de 2004, indicó que el objetivo primordial de este postulado es garantizar la libertad de las personas y el desarrollo de los fines estatales de forma eficiente. El alto tribunal también manifestó que la separación funcional del poder, en diferentes ramas, cumple varios propósitos en la medida que (i) limita su alcance en la ejecución de las funciones de cada uno de sus órganos; (ii) restringe la indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, lo cual garantiza el goce efectivo de una mayor libertad; y (iii) asegura que los órganos desarrollen una mayor especialización institucional y, de esta manera, manejen de forma más técnica sus funciones.

La Constitución Política de 1991, en su parte orgánica, definió la estructura general del Estado mediante la organización de las ramas del poder público y de los órganos autónomos. Estos últimos fueron singularizados y caracterizados por medio de la identificación de las autoridades que los conforman, la asignación de competencias y el diseño de los mecanismos de interacción e incidencia entre los poderes públicos. Tal como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-118 de 2018, estos elementos, en conjunto, se rigen por el principio de separación de poderes, el cual constituye un pilar de la Constitución, y contribuye a la configuración del sistema de pesos y contrapesos con la finalidad de lograr un equilibrio en la relación entre los órganos del Estado y evitando poderes omnímodos o sin control.

El sistema de pesos y contrapesos ayuda a optimizar el principio de separación de poderes al garantizar la independencia de los poderes que conforman el Estado al tiempo que le asigna a unos entes especializados y autónomos el control de las actuaciones de los diferentes órganos estatales, en procura de la defensa de los bienes salvaguardados por la Constitución. En palabras de Guastini (2001), el concepto de la separación de poderes se acoge a los principios de independencia y especialización, tanto de funciones como de órganos. Por ejemplo, la tutela de la integridad por parte de los gestores fiscales para la administración y uso de los bienes públicos corresponde a la Contraloría General de la República. La salvaguarda de la moralidad administrativa y la promoción de los derechos humanos está atribuida a la Procuraduría, Defensoría del Pueblo y Ministerio Público. Bajo este marco, el

control fiscal es una actividad constitucional cuyo ejercicio compete a un órgano autónomo e independiente con el fin de proteger el patrimonio público y salvaguardar la moralidad en todas aquellas operaciones que impliquen disposición de bienes y recursos públicos, así como la eficiencia y eficacia en las actuaciones de la administración para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.

Si bien el principio de separación de poderes posibilita que se dé un control recíproco, el sistema de pesos y contrapesos viene a complementar este principio mediante su función principal de asegurar el equilibrio y evitar la concentración del poder. Así, para evitar que los diferentes órganos que componen el Estado abusen de las competencias que les fueron conferidas es necesario que a cada poder se contraponga otro, con la capacidad de condicionarlo y frenarlo (Guastini, 2001, p. 66). En virtud de ello, en un Estado de Derecho ningún órgano estatal puede ser inmune al control por parte de otros órganos y, aunque este tenga una estructura bien definida por la cual se organiza el poder, no es admisible que ciertos órganos tengan preeminencia absoluta sobre los demás. El esquema constitucional a partir de 1991 apuntó principalmente al desarrollo de un control fiscal posterior y selectivo, con el claro propósito de evitar cualquier forma de injerencia en la capacidad para decidir y disponer que tiene la administración, en otras palabras, para evitar la coadministración que, en su momento, se dio con el modelo de control previo aplicado en vigencia de la Constitución Nacional de 1886.

En virtud del mencionado principio de separación, los poderes del Estado deben actuar dentro de los ámbitos y límites que la constitución les permite (Ramírez Cleves, 2005, p. 19). Para el caso particular, la Sentencia C-470 del 2016 resume las reglas constitucionales bajo las cuales la Contraloría General de la República desarrolla sus funciones y, en ellas, se da una relevancia especial a la naturaleza posterior y selectiva que acompaña al control fiscal en aras de preservar la independencia y autonomía del ente de control. Con ello impide que este órgano desempeñe funciones administrativas que no le corresponden o que sean ajenas a su misión. Esto por cuanto en aras de salvaguardar los recursos públicos no se puede justificar que se desdibuje el principio de separación de poderes y que el ente de control asuma funciones de decisión y disposición que le corresponde a otro organismo, pues cuando se

impide el ejercicio de sus competencias a un órgano estatal, se produce la sustitución de un elemento definitorio de la constitución (Celis Vela, 2020, p. 65).

Ahora bien, al analizar la incidencia de la función de advertencia como concreción del control fiscal concomitante y preventivo frente al principio de separación de poderes con el propósito de dilucidar si su ejercicio comporta una vulneración a este principio, tal como se indicó anteriormente, al efectuar un comparativo de esta figura con la función de advertencia del Decreto 267 de 2000, los principales rasgos de ambas son equiparables dado que su connotación innegablemente es preventiva y anticipatoria, pues la finalidad que persiguen es evitar la materialización del daño al patrimonio público. Y es precisamente por las facultades especiales que revisten al órgano que la expide que los destinatarios de la advertencia forzosamente podrían sustraerse a su acatamiento. En esa medida, no existe duda que la función de advertencia tiene un alcance suficiente para influenciar las decisiones de la administración y, cuando esto ocurre, se entra en la esfera de la coadministración, con lo cual se desdibujan los límites y la autonomía impuestos por la Constitución y, consecuentemente, se vulnera el principio de separación de poderes.

No obstante que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-140 de 2020, haya declarado la exequibilidad de la función de advertencia y del control fiscal concomitante y preventivo manifestando que su aplicación no constituye una forma de control previo, como tampoco una forma de coadministración y que, en modo alguno, se atenta contra el principio de separación de poderes, basando su argumentación en que la misma norma constitucional estableció los límites, cautelas y prohibiciones bajo los cuales dicho control debe ejercerse, no puede desconocerse que el control preventivo y concomitante resulta ser, en su esencia, una forma de control previo en la medida que su ejercicio se da antes de que la administración, por medio de quien realiza la gestión fiscal, haya decidido cómo y bajo que procedimiento ejecutará sus recursos, con lo que de cierta manera se revive y replica el modo de control previo que se utilizó en la Constitución Nacional de 1886.

Por lo tanto, y pese a que formalmente se haya enunciado que su aplicación “no implicará coadministración” (Acto Legislativo 04 de 2019), con en el ejercicio de la función de advertencia le fueron confiadas facultades extraordinarias al contralor general, como las de poder acceder a cualquier tipo de información, tener capacidad para suspender y sancionar

a quienes se opongan a entregar información y, además, extender este tipo de control a todos los entes territoriales. Estas facultades, sin lugar a duda, implican una intromisión en las decisiones relacionadas con la contratación y, por lo tanto, una forma de coadministración que no se resuelve simplemente con establecer la prohibición formal. Si bien no se discute aquí la eficacia que puede representar para el control preventivo y concomitante contar con una herramienta tan certera como la función de advertencia, en pro de este beneficio, no puede desconocerse la prohibición constitucional para el órgano de control de incidir en las decisiones de la administración. Por tanto, esto no puede servir como justificante para que se instaure de nuevo un sistema de coadministración o cogestión. Así, es necesario que se elimine cualquier forma de injerencia o preaprobación frente a las decisiones que adopten los gestores de recursos públicos.

De acuerdo con lo analizado hasta aquí es posible afirmar que el control posterior y selectivo, como forma de control principal establecido por el constituyente primario, se justifica en la medida que sólo mediante este diseño se concibe y se materializa la separación de poderes que debe existir entre la Contraloría General de la República y la administración estatal. Este mandato, así como la prohibición de ejercer funciones administrativas que sean diferentes de las propias, son los preceptos que preservan la autonomía e independencia del órgano de control y de la entidad sujeta a control. Querer instaurar otra forma de control, aunque sea un complemento y no un reemplazo del control posterior y selectivo, implica sustituir la Constitución, al menos, de forma parcial y conlleva inexorablemente a que se dé un rompimiento en la autonomía e independencia de ambas entidades, toda vez que inevitablemente un control anticipado de las actuaciones de la administración dará lugar a intromisiones en las competencias y funcionamiento de esta.

En este mismo sentido, del análisis efectuado es posible afirmar que, con el modelo de control fiscal concomitante y preventivo, materializado en la función de advertencia, se compromete en gran medida el adecuado ejercicio del control posterior y selectivo, en tanto genera conflictos con las garantías que deben ser observadas en su desarrollo, al menos si se consideran tal y como fueron diseñadas por el constituyente. Esto lleva a considerar que, posiblemente, con la última reforma al control fiscal, mediante el Acto Legislativo 04 de 2019, el Congreso de la República excedió sus competencias para reformar la Constitución

Política de 1991, pues el modelo recientemente instaurado representa una sustitución de los pilares esenciales de la separación de poderes y del control fiscal posterior y selectivo.

Conclusiones

El modelo de control preventivo y concomitante adoptado recientemente mediante el Acto Legislativo 04 de 2019, si bien propone una mejora en términos de eficacia en cuanto a la prevención de la ocurrencia del daño patrimonial, afecta de forma negativa e innecesaria los principios constitucionales que el control posterior ha procurado salvaguardar, como la separación de poderes. La colaboración armónica no implica intromisión de las competencias atribuidas a los diferentes órganos. En el objeto de estudio, la Contraloría General de la República, al formular advertencias sobre procesos en ejecución, estaría invadiendo la autonomía administrativa de las entidades que están sujetas a su control. La efectividad no puede primar sobre los principios rectores y los criterios orientadores de la Constitución Política de 1991 ya que las reformas, cualquiera que sea la necesidad en que se fundamenten, no pueden desconocer la estructura funcional y las competencias atribuidas a las ramas del poder público y a los organismos autónomos independientes.

Pese a que el Acto Legislativo 04 de 2019 contempla de forma expresa la prohibición de coadministración en el ejercicio del control concomitante y preventivo, en la práctica, la Contraloría podría intervenir en el actuar del gestor fiscal al cual va dirigida la advertencia. Si el órgano de control advierte sobre un riesgo potencial de daño frente a procesos y actuaciones en curso, es de suponerse que el gestor fiscal, condicionado por esta advertencia va a abstenerse de continuar con el trámite conforme lo tenía planeado y orientará su actuar acatando las observaciones de la Contraloría, máxime cuando el ente de control, al adelantar el ejercicio auditor, va a revisar si se acató o no la advertencia, y las consecuencias de este actuar. De esta forma se afecta la capacidad decisoria de la entidad y, de forma tácita, la Contraloría estaría actuando como un superior jerárquico, desconociendo con ello la estructura organizacional del Estado colombiano.

La supresión del control previo por parte del constituyente primario en la reforma constitucional de 1991 y la adopción del modelo de control posterior y selectivo fueron medidas que obedecieron a un cuidadoso análisis por parte del constituyente primario con el fin de lograr el funcionamiento óptimo de los órganos del Estado, al tiempo que se acogieron otras herramientas potencialmente eficaces para ejercer un control oportuno como son el control interno y los mecanismos de participación ciudadana. El control posterior por parte

de la Contraloría, además de ajustarse a los lineamientos constitucionales posibilita que el órgano de control actúe realmente como un ente auditor al evaluar de forma independiente el resultado de la gestión adelantada por las entidades públicas, dejando en estas el deber de realizar el control interno de sus actuaciones, lo cual es propio de las labores administrativas.

De tal suerte que no era necesario revivir un tipo de control que tantos cuestionamientos tuvo en el pasado y que además fue proscrito por el constituyente primario con el propósito de lograr un control fiscal más efectivo y en tiempo real, pues la Constitución Política de 1991 estableció el control interno dentro de las entidades como la herramienta idónea para lograr este cometido; por lo tanto, lo que procede, si se quiere optimizar el buen manejo de los recursos públicos, es el fortalecimiento de este control al interior de las entidades.

Con todo, persisten las dudas sobre si el modelo de control fiscal incorporado en el Acto Legislativo 04 de 2019 afecta principios identitarios de la Constitución Política de 1991. El control fiscal es un mecanismo constitucional para proteger el patrimonio público, pero so pretexto de efectivizar y complementar el control posterior y selectivo se han retomado herramientas ya utilizadas y controvertidas que llevan al cuestionado control previo de la Constitución Nacional de 1886, el cual desconoce la noción de Estado social de derecho y vulnera el principio de separación de poderes. Este afecta de forma negativa el desempeño de la función estatal y podría degenerar en una dictadura del órgano de control superior en razón al desproporcionado poder de injerencia en los asuntos administrativos de las entidades que controla.

Referencias

- Amaya Olaya, U.A. (2002). *Teoría de la responsabilidad fiscal: aspectos sustanciales y procesales* (1ª ed.). Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Informe ponencia control fiscal*. Gaceta Constitucional, 53, 19.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3804>
- Celis Vela, D.A. (2020). Reforma constitucional y justicia transicional: hacia una interpretación flexible de los elementos definitorios de una constitución vigente. *Revista Jurídicas*, 17(2), 53-71. <https://doi.org/10.17151/jurid.2020.17.2.3>
- Congreso de la República, (2019a). *Exposición de motivos proyecto de Acto Legislativo 355, Cámara*. Gaceta del Congreso, 153, 4-22.
- Congreso de la República. (2019b). Acto Legislativo Número 04 de 2019. *Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal*. Diario Oficial No. 51.080 del 18 de septiembre de 2019.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_04_2019.html
- Contraloría General de la República. (2007). Circular 005 del junio 21 de 2007. *Función de advertencia. Reiteración parámetros jurídicos. Lineamientos para su operatividad y adopción*. <https://estrategicos.contraloria.gov.co/observatorio/advertencia.pdf>
- Corte Constitucional, Sentencia C- 970/2004. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015. [M.P. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional, Sentencia C-118/2018. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional, Sentencia C-140/20. (M.P. José Fernando Cuartas Reyes).
- Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 1993. [M. P. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional, Sentencia C-551/2003. [M. P. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2012. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Cuellar Cifuentes, C. M. (2007). *Análisis del nuevo régimen de control fiscal introducido por la Constitución de 1991, ejercido por la contraloría general de la República para combatir la corrupción en Colombia y su impacto en el crecimiento económico*. [Trabajo de grado, Universidad de La Salle]. <https://ciencia.lasalle.edu.co/economia/402>

Departamento Administrativo de la Función Pública (2011). Guía para la administración del riesgo [Archivo PDF]. <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/1592.pdf/73e5a159-2d8f-41aa-8182-eb99e8c4f3ba>

González Zapata, A., y Mosquera Perea, L. (2020). Del control previo y perceptivo al posterior y preventivo: estudio de la trayectoria en el control fiscal en Colombia (1991-2019). *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 15(1), 71–90. <https://doi.org/10.15332/19090528/5742>

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Fontamara.

Maldonado Narváez, M. I. (2014). El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(120), 129-152. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3253>

Mazo Giraldo, H. A. (1996). *Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia*. Editorial Contraloría General de Antioquia.

Naranjo Galves, R. (1999). Reforma política y control fiscal. *Estudios Socio-Jurídicos*, 1(1), 78-97. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v1n1/v1n1a05.pdf>

Ochoa Díaz, H., y Charris Rebellón, S. (2003). Propuesta de un modelo de control fiscal para el estado colombiano: El sistema de control fiscal nacional. *Estudios gerenciales*, 19(89), 13-42. https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/122

- Pacheco Niño, D. J. (2014). *Beneficios del control fiscal micro e importancia del control fiscal participativo*. [Trabajo de grado, Universidad Libre]. <https://hdl.handle.net/10901/7718>
- Polanía Portaccio, J. (2020). *Alcance de la función de advertencia frente al control concomitante y preventivo complementario al posterior y selectivo dispuesto en la nueva reforma al control fiscal en Colombia*. [Trabajo de grado, Universidad Cooperativa de Colombia]. <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/17506>
- Presidencia de la República de Colombia (febrero 22, 2000). Decreto 267 de 2000. *Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=9599
- Presidencia de la República de Colombia (marzo 16, 2020). Decreto 403 de 2020. *Decreto Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal*. DO. 51258.
- Ramírez Cleves, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo Medina, M. y Peláez Gutiérrez, V. (2021). *Novedades y perspectivas de la reforma al control fiscal*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez Moreno, J. J., Morales Ariza, J. J., y Montoya Escobar, S. (2017). *Eficacia de los procesos de responsabilidad fiscal en cuanto la recuperación de los bienes del estado en el departamento del Chocó periodo 2014–2015*. [Trabajo de maestría, Universidad libre]. <https://hdl.handle.net/10901/16879>
- Sarmiento Pavas, D. (2007). La misión Kemmerer y el control estatal. *Revista Apuntes Contables*, 12, 79-90. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contad/article/view/1640>

Senado de la República. Comisión Primera (2019). Gaceta del Congreso No. 477.
<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

Senado de la República. Comisión Primera (2019). Gaceta del Congreso No. 477. Bogotá:
Congreso.
<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

Suárez Gómez, D. (2021). Control preventivo y concomitante en la reforma del sistema de control fiscal. [Trabajo de grado, Universidad Antonio Nariño].
<http://repositorio.uan.edu.co/handle/123456789/2847>

Younes Moreno, D. (1987). *Régimen del Control Fiscal*. Editorial Temis.