

**Control fiscal posterior, concomitante y preventivo
¿Se supera el temor al control previo y la coadministración?**

Tesis presentada para obtener el título de Magíster en Derecho Público

**Presentada por
Carolina del Pilar López Osorio**

**Director:
Doctor Milton Cesar Jiménez Ramírez**

**Universidad de Caldas
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Maestría en Derecho Público
Manizales
2021**

Agradecimientos

Quiero agradecer a Dios por darme la oportunidad de emprender y culminar este reto académico y profesional.

A la Universidad de Caldas por todo lo que aprendí a lo largo de la Maestría en Derecho Público.

A mis directores de línea de investigación, mi admiración y respeto. Un agradecimiento especial al Dr. Milton Cesar Jiménez Ramírez, por su apoyo, exigencia y motivación en esta labor académica.

A mi esposo, por su apoyo, paciencia e infinita comprensión. Todo mi amor.

A mi bonita familia.

¡Muchas gracias!

Resumen

La historia del Control Fiscal desde la época de la República, ha mostrado que los procesos de modernización de la administración pública colombiana, el crecimiento del Estado y las nuevas formas de contratación y ejecución de los recursos públicos, ameritan la vigilancia de la gestión fiscal y el ejercicio del control fiscal de manera integral, y no únicamente en forma posterior y selectiva. Así mismo, debe empoderarse de una efectiva autonomía e independencia a los órganos de control fiscal.

La autonomía e independencia y el ejercicio del control, mediante la actuación preventiva y posterior, en tiempo real y permanente sobre los recursos públicos, se ajusta a la cláusula general de competencia establecida en el artículo 119 constitucional, sobre vigilancia de la gestión y los resultados de la administración por la Contraloría, siendo consonante con los fines esenciales del Estado, descritos en el artículo 2 de la Constitución, y con el principio de separación de poderes y de colaboración armónica entre entidades públicas.

Aunque la Corte Constitucional en Sentencia C-103 de 2015 declaró inexecutable la función de advertencia de la Contraloría que prevenía al gestor fiscal, hechos u operaciones en ejecución susceptibles de generar graves riesgos al patrimonio público, por ser un control previo y coadministración, la nueva estructura del control fiscal establecida en el Acto Legislativo 04 de 2019, mediante el control concomitante-preventivo y posterior-selectivo, le apuesta a la protección integral de los recursos públicos y materializa la sinergia del control fiscal con el Estado social de derecho y los principios fundantes de la Constitución Política.

Con todo, si la *ratio decidendi* de la Sentencia C-140 de 2020 que declaró ajustada a la Constitución el Acto Legislativo 04 de 2019, aplicando el principio de interpretación conforme y el desarrollo jurisprudencial que, sobre la vigilancia y el control fiscal ha realizado la Corte, se

hubieran aplicado en la Sentencia C-103 de 2015, se habría evitado todo el trámite legislativo de reforma constitucional para revivir la función preventiva de la Contraloría, lo que refleja un caso más de la costumbre reformista del sistema jurídico colombiano.

Palabras claves: recursos públicos, Contraloría, control previo, coadministración, control posterior, función de advertencia, control concomitante

Abstract

The history of Fiscal Control since the time of the Republic, has shown that the processes of modernization of the Colombian public administration, the growth of the State and the new forms of contracting and execution of public resources, merit the monitoring of fiscal management and the exercise of fiscal control in a comprehensive manner and not only in a subsequent and selective manner. Likewise, the fiscal control bodies must be empowered with effective autonomy and independence.

The autonomy and independence and the exercise of control, through preventive and subsequent action, in real and permanent time over public resources, conforms to the general clause of competence established in article 119 of the Constitution, on monitoring of management and results. of the administration by the Comptroller, being consistent with the essential purposes of the State, described in article 2 of the Constitution, and with the principle of separation of powers and harmonious collaboration between public entities.

Although the Constitutional Court in Sentence C-103 of 2015 declared unenforceable the Warning Function of the Comptroller's Office that prevented the fiscal manager, facts or operations in execution that could generate serious risks to the public patrimony, due to being a prior control and co-administration, the new Structure of Fiscal Control established in Legislative Act 04 of 2019 through concomitant-preventive and subsequent-selective control, bets on the comprehensive protection of public resources and materializes the synergy of fiscal control with the Social State of Law and the founding principles of the National Constitution. However, if the *ratio decidendi* of Sentence C-140 of 2020 that declared Legislative Act 04 of 2019 adjusted to the Constitution, applying the principle of compliant interpretation and the jurisprudential development that, on fiscal surveillance and control, has carried out the Court,

had they been applied in Sentence C-103-2015, the entire legislative process of constitutional reform would have been avoided to revive the preventive function of the Comptroller's Office, which reflects one more case of the reformist custom of the Colombian legal system.

Key words: public resources, Comptroller, prior control, co-administration, post control, warning function, concomitant control

Tabla de contenido

Introducción	11
Primer Capítulo.....	25
El control previo	25
1.1. Antecedentes del control previo. La República y sus instituciones	26
1.1.1. La Contaduría General de Hacienda	27
1.1.2. La Corte de Cuentas.....	33
1.1.3. La Oficina General de Cuentas de 1850	37
1.1.4. La segunda Corte de Cuentas.....	42
1.1.5. Eficiencia del examen de cuentas como mecanismo de control a los recursos públicos	47
1.2. El control previo como instrumento de intervención económica en la gestión del Estado.....	50
1.2.1. La misión Kemmerer, el control previo y el Departamento de Contraloría.....	54
1.2.2. Prohibición a la Contraloría de ejercer funciones administrativas diferentes a su propia organización.....	58
1.2.3. La Contraloría General de la República en la Constitución de 1886. Sin independencia ni autonomía.....	61
1.2.4. Ley 20 de 1975. El estatuto del control fiscal.....	63
1.2.5. Control previo y coadministración. ¿Solamente fueron instrumentos de clientelismo y corrupción?	77
1.3. Conclusiones: Una síntesis histórica del control fiscal	84
Segundo Capítulo.....	86
El control posterior y la función de advertencia en el sistema de control fiscal de la Constitución Política de 1991.....	86
Mecanismos supletorios del control previo	86
2.1. La Constitución de 1991. Presentación del contexto	86
2.1.1. La apuesta constitucional de 1991 por un sistema de control fiscal.	91
2.2. El control posterior y la función de advertencia	95
2.2.1. El control posterior y selectivo	95
2.2.2. La función de advertencia.....	99
2.3. La interpretación constitucional. <i>Vis expansiva</i> de la vigilancia y el control fiscal.....	143
2.4. Conclusiones: el control posterior y selectivo, como mecanismo único de control fiscal en el seguimiento a los recursos públicos.....	152
Tercer Capítulo	155
Control concomitante y preventivo. ¿Se supera el temor al control previo y a la coadministración?	155

3.1. Acto Legislativo 04 de 2019 y el rediseño al sistema de control fiscal en Colombia.....	156
3.1.1. El control concomitante y preventivo	158
3.1.2. Sentencia C-140 de 2020. Constitucionalidad del control concomitante y preventivo. ¿Se supera el temor al control previo y la coadministración?	169
3.2. Vigilancia y control fiscal. Dos criterios diferenciados para el control posterior y el concomitante y preventivo	172
3.4. Conexión interpretativa de la vigilancia y el control fiscal con los principios fundantes de la Constitución	178
3.4.1. Estado social del derecho.....	181
3.4.2. Principio democrático y de legalidad del gasto público.....	183
3.4.3. Principio democrático y la participación ciudadana	184
3.4.4. Principio de separación de poderes	191
3.5. Conclusiones: Por una protección integral al patrimonio público consonante con los mandatos constitucionales.....	193
A modo de conclusión	195
Referencias bibliográficas.....	198

Lista de gráficas

Gráfica 1. <i>Resultados control posterior CGR periodo 2010-2014</i>	98
Gráfica 2. <i>Funciones de advertencia formuladas entre 2010 y 2014</i>	102
Gráfica 3. <i>Porcentaje de beneficios por la función de advertencia</i>	102

Lista de tablas

Tabla 1. <i>Beneficios función de advertencia Telecom año 2006</i>	106
Tabla 2. <i>Distinciones normativas entre el control previo y la función de advertencia.</i>	125
Tabla 3. <i>Criterios interpretativos diferenciadores entre el control previo y la función de advertencia</i> ..	127
Tabla 4. <i>Semejanzas entre el control preventivo y la función de advertencia</i>	164
Tabla 5. <i>Advertencias formuladas entre 2010-2014 sin cumplir carácter excepcional</i>	166

Introducción

Desde los inicios de la República de Colombia hasta nuestros días, el control fiscal ha estado presente. La protección del patrimonio público ha tenido diferentes sentidos y finalidades, pero, con el paso del tiempo, se ha afianzado la necesidad de su salvaguarda para el cumplimiento de los fines del Estado y el interés general.

Durante esta evolución han fungido como protectoras de los recursos estatales, diferentes órganos fiscalizadores que, en virtud de su funcionamiento o efectividad en la vigilancia de los recursos, han sido objeto de crítica sostenida, que ha hecho que este sistema sea uno de los elementos estatales que más cambios ha sufrido y, que representa un típico ejemplo de la costumbre reformista colombiana, como única salida para la mejora de las instituciones.

Antes de la Constitución de 1886, el sistema de control era de carácter numérico legal y formalista, limitado al examen de cuentas y su fenecimiento. Este sistema se aplicó a través de la Contaduría General de Hacienda, la Oficina General de Cuentas y la Corte de Cuentas, pero no obtuvo los resultados esperados en cuanto a la omisión, demora y rendición de las cuentas y su examen, lo cual era entendible teniendo en cuenta el contexto histórico, económico, político y social que rodeaba la República de Colombia en ese entonces. En este periodo, además, la rendición de la cuenta servía como insumo necesario para los informes al ejecutivo sobre las finanzas públicas. Sin embargo, por las dificultades en rendición y evaluación de las mismas, además por las debilidades de los sistemas contables y presupuestales, no fue posible conocer de manera cierta y confiable la hacienda pública colombiana.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, el control fiscal fue ejercido por un cuerpo colegiado como la Corte de Cuentas, pero la crítica frente a su desempeño fue la misma: su ineficiencia e ineffectividad en la vigilancia y recuperación de los recursos públicos. Luego,

producto de la presencia en el país de la misión Kemmerer, se creó un organismo unipersonal, que se denominó el Departamento de Contraloría y después la Contraloría General de la República (CGR).

Además de la evaluación de la cuenta, la Contraloría aplicaría un control previo para controlar el gasto público y serviría además de garantía en el manejo de los dineros públicos, para dar cumplimiento a los cuantiosos préstamos que se habían efectuado al país en la época, pues en ese momento, se tenían limitaciones en materia presupuestal y contable en los trámites de ordenación de gasto y esta facultad la detentaban diferentes organismos del Estado.

El desempeño de la Contraloría, también la hizo blanco de críticas, por la aplicación del control previo, porque se consideraba que, su ejercicio afectaba la autonomía de las entidades públicas, al incidir en las decisiones de los sujetos vigilados y que, adicionalmente, se usó para prácticas clientelistas y de corrupción.

La reforma más significativa al control fiscal, fue la contenida en la Constitución de 1991. El constituyente lo elevó a rango constitucional como la función pública y, a la Contraloría General de la República, le atribuyó la naturaleza de órgano de control, independiente y autónomo para su función principal de vigilancia de la gestión fiscal. La fiscalización ya no sería en forma numérico legal y formalista, sino sobre la gestión y los resultados de quienes manejaran recursos públicos y, en forma posterior y selectiva superando, aparentemente, los inconvenientes del control previo.

El control fiscal tendría dos componentes: uno, integrado por el sistema del control interno ejercido al interior de todas las entidades estatales encargado del control previo administrativo y otro, el control fiscal externo que correspondía a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales. Así las cosas, se diferenciaban las tareas

administrativas de las de fiscalización (Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 1993); buscándose además, que el control interno sirviera de insumo para las labores propias del control fiscal externo. Así mismo, se dotó a la ciudadanía de diversos mecanismos de participación ciudadana, entre ellos, la veeduría u otras organizaciones para que fungieran como actores determinantes en la vigilancia de los recursos del Estado.

Pese a todos los esfuerzos en consolidar un adecuado sistema de control fiscal en Colombia, las discusiones persistían por las mismas razones de antaño. Se ha cuestionado la ineffectividad e inoportunidad del control posterior, la falta de autonomía e independencia de los órganos de control, el clientelismo, la politización de estas entidades y que sus resultados aún no contribuyen a la recuperación de los recursos públicos de la manera esperada (Maldonado, 2014). De igual manera, las debilidades del control interno administrativo, no han contribuido de manera significativa en su función de insumo del control externo.

Adicionalmente, la Sentencia de C-103 de 2015 afectó el alcance de las funciones de prevención de daños al patrimonio público a cargo de la Contraloría General, pues la Corte Constitucional declaró inexequible la función de advertencia, a través de la cual, la entidad de control podía sugerir a las entidades vigiladas que, con ciertas operaciones o procesos en ejecución, podrían generarse graves riesgos para el patrimonio público; mecanismo que se dictaminó como práctica de control previo y de coadministración por parte de la Contraloría sobre las entidades públicas.

La providencia judicial desestimó una función que constituía una forma de vigilancia de la gestión fiscal del patrimonio público y mitigaba de alguna manera, la inoportunidad del control fiscal, pues, si en cumplimiento de la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades públicas se encontraba una situación que afectara el patrimonio estatal, podía advertirse al gestor,

quien podía acatar o no la prevención de la Contraloría. Después del fallo, si la Contraloría encontraba un hecho de estos, debía esperar a que se consolidara para aplicar los sistemas de control fiscal en forma posterior y selectiva. A la luz del pronunciamiento constitucional, se presentaba entonces, un problema para el órgano de control en la vigilancia integral del patrimonio del Estado en forma preventiva.

Ante el panorama surgido, después de la Sentencia C-103 de 2015, la insistencia en una reforma constitucional que cambiara el modelo de control fiscal, era la solución más recurrente. Por ende y, como de costumbre, se tramitó una reforma constitucional para remodelar el sistema de control fiscal que terminó en el Acto Legislativo 04 de 2019 modificadorio de los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución Política. El grueso de la reforma consistió en que, además del control posterior y selectivo, se incluyó un control preventivo y concomitante, como complemento al ejercicio del control fiscal en cabeza de la CGR. Este nuevo sistema de control tiene un carácter excepcional, no es vinculante y, no implica coadministración, porque no versa sobre la conveniencia o no de las decisiones de los sujetos vigilados.

En la exposición de motivos, se indicaba que, con este nuevo control, se amplía el ámbito de acción de vigilancia de la gestión fiscal haciéndola en tiempo real, para mejorar en términos de oportunidad y efectividad el actuar misional de la Contraloría, acorde a las nuevas exigencias sociales, destacándose que su naturaleza no era la coadministración ni una actuación previa y universal (Gaceta del Congreso, 2019, p. 9).

No obstante, en los debates efectuados en el Congreso y con la opinión pública, salía a flote el riesgo de revivir estas “nefastas” figuras en perjuicio de la buena marcha de la administración, por lo que la insistencia en desvirtuar el control concomitante-preventivo como

control previo, fue uno de los aspectos que, con mayor vehemencia se argumentó¹, pero que no tuvo eco en el legislativo, pues el Acto Legislativo 04 de 2019 se expidió en septiembre de 2019 y fue declarado ajustado a la Carta con la Sentencia C-140 de 2020 por la Corte Constitucional.

De lo anterior, surgen estos interrogantes: ¿Realmente fue tan tenebroso el control previo? ¿No tenía bondad alguna? ¿La función de prevención de daño al patrimonio, no es instrumento válido para su salvaguarda? Igual cuestionamiento se debe hacer frente a la coadministración, ¿afectó en tal manera el actuar de los sujetos vigilados que no puede verse esta figura adecuada al principio de colaboración armónica? Y en cuanto al objeto de control, la pregunta sería si ¿En la vigilancia de la gestión fiscal, prevalece la autonomía de los sujetos vigilados sobre el patrimonio público? Estos interrogantes son objeto de estudio en el presente trabajo, a los cuales se intentará dar respuesta a lo largo de los tres capítulos que lo integran.

Para conocer por qué se instauró en Colombia el control previo, el primer capítulo se refiere al Control Previo y su contexto. Inicialmente, se exponen los antecedentes del control fiscal, partiendo desde época de la República, pero solo desde 1821 hasta 1922. Si bien este lapso, no está ligado a las diferentes denominaciones históricas que se le han dado al trasegar del Estado durante su formación, en él se establecieron las instituciones más destacadas de control fiscal que antecedieron a la CGR.

En este periodo se aborda un estudio de la rendición de la cuenta, como mecanismo de control a los recursos públicos y se verá cómo fue un mecanismo insipiente, inefectivo como sistema de control afectado por las circunstancias administrativas que rodeaban la estructura del Estado, estaban en formación. Aunque este periodo fue relevante por los notables cambios que se

¹ Fue el tema más incisivo en la discusión del Acto Legislativo 04 de 2019, pretermitiendo otros asuntos más relevantes como la forma de elección del Contralor o las amplias facultades que la reforma le asignaba al Contralor General de la República sobre las contralorías territoriales.

dieron como consecuencia del centralismo y los Estados federados, las entidades de fiscalización no sufrieron modificación alguna en el sistema de control aplicado, lo que redundó aún más en su ineficiencia.

Posteriormente, se revisa el control previo establecido con la Ley 42 de 1923. Inicialmente, este estudio se efectúa desde un contexto histórico, económico y político del cual se infiere su función como instrumento de intervención económica en la gestión del Estado. Se alude a su implementación, las amplias funciones de la Contraloría al aplicarlo y las razones que llevaron desde el año 1932 a prohibir expresamente a la Contraloría ejercer funciones administrativas diferentes a las de su propia organización, lo que se conoce como coadministración y que ha perdurado a la fecha, pese a ser momentos históricos completamente diferentes.

Así mismo, se revisan los Actos Legislativos 01 de 1945 y 01 de 1968, donde se hizo un esfuerzo valioso por elevar la CGR a la Constitución Política, pero se olvidó de modificar su estructura, pues se determinó como una oficina de contabilidad fiscal adscrita al Gobierno nacional y no se cambió la forma de elección del contralor, por tanto, la Contraloría quedó sin independencia ni autonomía.

Sin embargo, el Estatuto de Control Fiscal, como se conoció a la Ley 20 de 1975, le introdujo al sistema modificaciones importantes. Tanto su contenido como los decretos reglamentarios posteriores que la desarrollaron, precisaron el alcance de la gestión fiscal, los sujetos de vigilancia fiscal y las formas y procedimientos de control aplicables a las dependencias incluidas en el presupuesto nacional, definieron el control previo, control perceptivo y control posterior y metodologías para su aplicación. De igual manera, se establecieron normas sobre la organización administrativa del ente de control.

En este aparte se profundizó sobre el alcance de la gestión fiscal, los sujetos y las formas de procedimiento aplicados. Para ello, se hizo un recorrido sucinto de pronunciamientos judiciales emitidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, de los que se pudo dilucidar, en primer lugar, la visión integral que se tenía de protección al patrimonio público y que el control previo contribuía a esta función; segundo, la distinción que hacían las corporaciones judiciales entre la función administrativa y de fiscalización para evitar que el actuar de la Contraloría fuera tildado de coadministración. Así mismo, la intervención de la Corte en la discusión respecto al control fiscal sobre las entidades descentralizadas sin menoscabar su autonomía y cumplimiento de sus fines.

Por otra parte, el antecedente que se expone en el primer capítulo permitirá además conocer y comprender la voluntad del constituyente de 1991 para abolir el control previo y la coadministración en cabeza del ente de control fiscal, cambiar su naturaleza jurídica y establecer el control posterior y selectivo. Adicionalmente, se tenía la necesidad de modificar el control previo por una estrategia de control que revisara la gestión y los resultados de la administración que fuera acorde con los nuevos retos de modernización de la gestión pública (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD], 1998).

El segundo capítulo de la investigación se refiere al control posterior y la función de advertencia en el sistema de control fiscal establecido en la Constitución de 1991. El desarrollo de esta temática parte del contexto en torno a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y la Carta Política que nos rige en la actualidad, enlistando los cambios que trajo consigo el ordenamiento, en especial, lo pertinente al Estado social de derecho.

Desde luego que esta forma de Estado debía contar con un sistema de control mucho más eficiente que contribuyera a la gestión estatal en el cumplimiento de sus fines. Por tanto, se alude

a la estructura del sistema de control fiscal que desde 1991 imparte los contenidos constitucionales y legales que reglan esta función pública especializada y las formas de control aplicables reglamentadas por la Ley 42 de 1993 y el Decreto 267 de 2000.

El capítulo reseña el control posterior y la función de advertencia, sistemas de vigilancia y control que se aplican dentro del control fiscal micro y que se diferenciaban por el momento en que se aplicaban. La función de advertencia era un llamado al gestor fiscal respecto de situaciones u operaciones en ejecución que podrían generar grave riesgo al patrimonio público y el control posterior, consistía en el ejercicio auditor del ente fiscalizador una vez estuvieran los hechos, operaciones o procesos consolidados. Este análisis comprende los resultados alcanzados por la Contraloría al aplicar estos mecanismos de control, entre el 2010 y el 2019, de acuerdo a los informes de gestión, presentados por la entidad.

Un título especial del capítulo alude a la función de advertencia reglamentada en el Decreto Ley 267 de 2000. En él se exponen su definición y reglamentación y se precisan algunos resultados de esta figura en el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal por parte de la Contraloría durante el periodo 2010-2014. Como estudio de caso, se presentan las funciones de advertencia más relevantes que han contribuido a la recuperación de los dineros públicos y un accionar destacado del ente de control en aras de la protección a los recursos naturales. En este sector, la presencia de la Contraloría a través de la función de advertencia fue relevante para establecer canales apropiados de comunicación con la ciudadanía.

Con especial cuidado, un aparte de este capítulo tratará la sentencia C-103 de 2015 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el mecanismo de advertencia de la CGR y se pondrá en consideración varias imprecisiones del pronunciamiento en cuanto a contenidos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios.

Inicialmente se confrontan los argumentos de la sentencia frente al control previo regulado en la Ley 20 de 1975 con la función de advertencia del Decreto Ley 267 de 2000, lo que evidencia criterios diferenciadores entre las dos figuras que impiden asimilarlos y, por ende, incurrirse en coadministración. También se expondrán las razones por las cuales la función de advertencia no tenía capacidad para incidir, modular o disuadir las decisiones de los sujetos vigilados, dada la naturaleza instrumental de las actividades de vigilancia y control fiscal, concepto que explica de gran manera Agudo (2018).

Otro punto que se controvierte en la investigación es la aplicación de la interpretación constitucional del originalismo (la voluntad del constituyente) que la sentencia señalada aplica, para hacer prevalecer el carácter posterior del control fiscal, teniendo en cuenta que el constituyente de 1991 tenía como fin primordial abolir el control previo y la coadministración, sobre la protección integral del patrimonio público. Ello motiva el interrogante de, ¿hasta qué punto el hecho de conocer la intención del constituyente de 1991, puede aplicarse como método de interpretación constitucional por parte del juez ante realidades completamente diferentes? Este análisis reconocerá en la democracia deliberativa un aspecto necesario para valorar en una decisión judicial, pues daría intermediación al juez constitucional al dialogar y discutir directamente con las instituciones interesadas y la ciudadanía sobre la pertinencia de la medida a analizar y el método interpretativo que debiera aplicarse.

Se cuestiona además el juicio de proporcionalidad utilizado en la sentencia, por falencias en las premisas puestas en tensión y el yerro en que se incurre al aplicar un juicio estricto de proporcionalidad desconociendo la jurisprudencia de la Corte, en especial, la Sentencia C-673 de 2001. La sentencia no solo desconoció este pronunciamiento, sino principios como el de supremacía de la Constitución, colaboración armónica e interpretación conforme que, de haberse

interpretado a favor de la integralidad de la vigilancia y el control fiscal para la protección del patrimonio público, hubiera generado una decisión judicial diferente.

Todo este estudio constituirá una primera aproximación a una interpretación constitucional sobre la integralidad de la vigilancia y el control fiscal en procura de la protección del patrimonio público. Esa interpretación constitucional, que se busca establecer en este trabajo de investigación, parte de lo que en la Sentencia C-103 de 2015, denominó la Corte, *vis expansiva* y *vis restrictiva* del control fiscal.

La Corte determinó que la *vis expansiva* del control fiscal, comprende su carácter amplio e integral. Aquí convergen los sujetos vigilados, en diferentes niveles de la administración pública, tanto particulares como entidades de carácter público o privado, que manejan fondos o bienes de la nación. El carácter posterior o la *vis restrictiva* del control fiscal, apuesta al límite del control, “en los momentos y actividades en los que tiene que ver dicha fiscalización” (Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015). Esta interpretación hace prevalecer la voluntad del constituyente al eliminar el control previo y prohibir al ente de control, el ejercicio de funciones administrativas diferentes a las de su propia organización.

Para conocer la validez del carácter posterior del control fiscal como único mecanismo integral de protección del patrimonio público, se estudiaron 74 sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, entre 1993 y 2015, de las cuales, 24 fallos, contienen elementos necesarios con los que la Corte ha buscado proteger de manera integral los recursos públicos. Estas decisiones se exponen teniendo en cuenta tales elementos; esto es, sentencias que se refirieron a los sujetos destinatarios del actuar de la Contraloría, los sistemas de vigilancia y control y la naturaleza de la vigilancia y control fiscal sobre la gestión fiscal.

El tercer capítulo se ocupa del control concomitante y preventivo, un sistema de control objeto de discusión por su semejanza con el control previo, la coadministración y la función de advertencia. En este capítulo se busca indagar cómo finalmente se logra superar el temor al control y a la coadministración, para dar vía libre al Acto Legislativo 04 de 2019 y desentramar el precedente constitucional erigido desde la Sentencia C-103 de 2015 para buscar la protección integral del patrimonio del Estado.

En este capítulo se explican los puntos más relevantes del acto legislativo y las innovaciones que introdujo al sistema de control fiscal en Colombia, revistiendo de gran importancia el hecho de reconocer como dos funciones diferentes la vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal. Ello facilita que la Contraloría despliegue modalidades de seguimiento que puedan hacerse en tiempo real y en forma permanente.

Frente al control concomitante y preventivo, se resaltan sus características más importantes, desmarcándolo de la función de advertencia del Decreto 267 de 2000 a partir de la definición del riesgo inherente necesario para activar el control preventivo y concomitante. Para ilustrar este punto, se enlistan algunas funciones de advertencia que demostrarán cómo este elemento cualifica la figura haciéndola más técnica y verificando su excepcionalidad.

Como el control concomitante y preventivo no es novedoso en los ordenamientos de las entidades superiores de fiscalización, se hace una comparación sucinta de esta herramienta con seguimientos en tiempo real que se practican en países como Perú, Brasil o Chile. En Colombia, por su parte, esta nueva forma de control, se acompaña con otros mecanismos de auditoría como la gestión de información y el fortalecimiento del control social para lograr mayor impacto en la vigilancia del patrimonio estatal.

Un título de este capítulo se dedica a la Sentencia C-140 de 2020 sobre la constitucionalidad del Acto legislativo 04 de 2019 que consolida todo el desarrollo jurisprudencial de la Corte y que, en virtud del principio de interpretación conforme avalan la integralidad de la vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal con el control concomitante-preventivo y el control posterior-selectivo, en el marco del Estado social de derecho y la interacción del control fiscal con otros principios fundacionales de la Constitución como el principio democrático, el principio de legalidad y el principio de separación de poderes.

Como metodología de investigación, en este trabajo se aplicaron varios métodos, a saber, el rastreo documental para identificar las normas constitucionales y legales; la jurisprudencia, la doctrina, publicaciones e investigaciones anteriores, que suministraran datos sobre la rendición de la cuenta, el control previo y la coadministración con antelación a la Constitución de 1991.

Se acudió al rastreo documental y bibliográfico para indagar sobre autores en historia, economía y derecho que hubieren escrito sobre la historia económica, social y de fiscalización del Estado colombiano y así establecer una relación de conexidad entre las normas y reorganizaciones que ha sufrido el control fiscal y la administración pública a través del tiempo. Las Memorias de Hacienda expedidas entre 1823 y 1913, y compiladas por el Banco del República, fueron un insumo de investigación muy importante.

El método dialéctico se aplicó en la reconstrucción de los antecedentes más relevantes del control fiscal bajo la Constitución de 1886 y en los debates expuestos en la ANC de 1990, para establecer el papel del constituyente primario en el diseño del control fiscal. Para conocer la voluntad del constituyente de 1991, se revisaron 43 informes de las sesiones de Asamblea, realizadas entre febrero y junio de 1991.

Se acudió al método comparativo para realizar el cotejo normativo de las disposiciones con que se crearon las instituciones de control fiscal desde 1821 hasta 1975 y establecer las innovaciones que cada órgano fiscalizador le aportaba al control fiscal. El método comparativo sirvió además para establecer las diferencias contenidas en las normas sobre control previo y función de advertencia.

A través de los métodos de análisis, hermenéutico y sistemático, se recopilaron pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado para conocer el desarrollo jurisprudencial del control fiscal desde su alcance, sujetos vigilados y formas de control, con antelación a la Constitución de 1991. Así mismo, estos métodos se tuvieron en cuenta para recaudar jurisprudencia de la Corte Constitucional entre 1993 y 2020, sobre el control fiscal, los principios fundantes de la Constitución, los principios de interpretación constitucional y los fallos relacionados con la protección de los recursos naturales y el derecho a un ambiente sano.

Entre las sentencias consultadas, 74 se relacionaron con el control fiscal y sirvieron de base para el análisis que se hizo en la investigación a la Sentencia C-105 de 2013, para demostrar la interpretación que se le ha dado a la vigilancia de la gestión y al control fiscal como criterios diferenciados y finalmente, para validar la integralidad de la protección de patrimonio público.

El método cuantitativo se aplicó en la caracterización de caso, en un título especial que evalúa la función de advertencia, seleccionando las más relevantes, documentándose la génesis del caso, las respuestas de las entidades advertidas y el resultado en beneficio de los recursos públicos. Adicionalmente, se analizaron algunas funciones de advertencia entre el año 2012 y 2015, que fue cuando se presentaron en mayor cantidad, determinando su alcance y resultados. A través del método cualitativo, se escogieron las funciones de advertencia más relevantes al

patrimonio público y que más impacto tuvieron en cuanto a la vigilancia de los recursos públicos y la relación con la ciudadanía, como aquellas formuladas frente al manejo y explotación de los recursos naturales.

Finalmente, se realizó un método crítico en el desarrollo de la investigación, teniendo en cuenta el estudio y la experiencia como funcionaria de la Contraloría General de la República a lo largo de 20 años de servicio.

Primer Capítulo

El control previo

En este capítulo se estudian los antecedentes del Control Previo, el cual se ejercía bajo el sistema numérico legal, instituido en nuestro país inicialmente mediante la glosa, examen y fenecimiento de cuentas. Es pertinente señalar, que el control numérico legal se ha mantenido vigente, solo que antes de la expedición de la Constitución de 1991 era la única metodología utilizada en los sistemas de control sobre las erogaciones a cargo del tesoro y la legalidad del gasto público, en el examen de las cuentas de los responsables del erario y como insumo para la consolidación de la información contable y financiera que debía rendirse al Gobierno con el fin de saber el estado de la Hacienda Pública. En la actualidad, este control se conjuga con otros sistemas de vigilancia y control como el de legalidad, de gestión, desempeño y resultados, entre otros, de los que se puede inferir de manera integral, la gestión fiscal de quienes manejan recursos del Estado.

Para conocer las circunstancias que rodearon la implementación del control previo, este estudio hace un recorrido histórico que se inicia en la formación de la República, con las instituciones que se crearon para la vigilancia de los recursos públicos entre 1821 con la Contaduría General de Hacienda hasta 1923 cuando se creó el Departamento de Contraloría, órgano de control vigente hasta 1945, que servirá como contexto para los sistemas de control previo, posterior y perceptivo ejercidos por la CGR, reglamentados en la Ley 20 de 1975 y sus decretos reglamentarios hasta antes de la expedición de la Constitución de 1991.

Este trayecto es determinante para conocer por qué no fue suficiente la glosa, el examen y el fenecimiento de cuentas como mecanismos de control para proteger el patrimonio público y establecer con precisión y certeza el estado de las finanzas públicas; así como las razones que

motivaron el cambio constante de las instituciones establecidas para la fiscalización de las cuentas del erario. La falta de controles adecuados y el desorden administrativo en el manejo de los recursos públicos, llevó a que hiciera presencia en nuestro país la misión Kemmerer, se implementara el control previo y el Departamento de Contraloría para el ejercicio del control fiscal y se impartieran una serie de recomendaciones que terminaron siendo leyes de la República.

Se verá cómo esta institución durante todo el tiempo en que tuvo aplicación el control previo, pese a tener una función fiscalizadora hacía parte del Gobierno Nacional lo que comprometía su imparcialidad y autonomía para el ejercicio del control. Así mismo, se dificultaba distinguir la labor de fiscalización de la función administrativa, lo que generó serias incomodidades en los sujetos vigilados, pues no existía claridad respecto del alcance de la función de control. Se estudiarán, los aspectos relevantes de la Ley 20 de 1975 o Estatuto de Control Fiscal que servirán de antesala para el estudio del control fiscal posterior y selectivo establecido en la Constitución de 1991.

1.1. Antecedentes del control previo. La República y sus instituciones

Durante la República existieron cuerpos colegiados para el ejercicio del control fiscal, los cuales fueron adscritos a la Rama Ejecutiva o a la Rama Judicial del Poder Público y solo hasta la expedición de la Ley 42 de 1923, se acogió la figura del contralor propia del derecho anglosajón. Tales organismos fueron, el Tribunal de Cuentas, institución heredada de la Colonia que perduró durante cierto periodo después de lograda la independencia de España²; la

² Aunque esta investigación inicia desde las instituciones de la época de la República, no desconoce que antes de 1821, cuando se constituyó la República de Colombia, ya existían entes encargados de la vigilancia de los recursos que pertenecían a la Corona. Solo que tal función no tenía como fin la protección de los dineros para las necesidades de las colonias, sino el sostenimiento de la burocracia española, la financiación de guerras con otros Estados europeos o pago de obligaciones adquiridas para fortalecer el imperio (González, 1978). Estas instituciones fueron: el Real Consejo de Indias, constituido en 1518, que tenía entre sus funciones el control de la administración de la hacienda (Jaramillo y Colmenares, 1978), el Lugarteniente de los Contadores Mayores de Castilla, reseñado por

Contaduría General de Hacienda, creada en 1821; la Corte de Cuentas, constituida en 1847, que fue abolida y luego resurgió entre 1898 y 1922 y la Oficina General de Cuentas, creada en 1850, cuya labor perduró hasta 1898. A continuación, se presentan los rasgos más destacados en el ejercicio del control por parte de cada una de estas instituciones.

1.1.1. La Contaduría General de Hacienda

Para presentar un contexto de la creación de esta oficina, se iniciará en el año 1821, luego de la Independencia de España y en medio de las luchas entre diferentes ideologías políticas, federalistas y centralistas en búsqueda de la soberanía de sus territorios (Valencia, 2010); la intención de la burguesía de hacer prevalecer los privilegios adquiridos desde la Colonia y la estruendosa inconformidad del pueblo por los altos impuestos, la extrema pobreza y la restricción de las libertades individuales y económicas (Tirado, 1983).

El paso a la independencia se hizo en medio de un total desconocimiento de la planificación administrativa y, por ende, no se contó con un sistema de gobierno que rigiera los destinos de lo que fuera la República de Colombia (Bushnell, 1994). Estas circunstancias, se unían a la inexperiencia de las provincias americanas para estructurar el Estado³, lo que obligó a

Gómez (1983, como se citó en Amaya, 1996) que era designado por los Reyes para controlar el manejo de fondos o bienes de la expedición de Cristóbal Colón; y los Tribunales de Cuentas de Perú, México y Santa Fe que tramitaban los juicios de cuentas adelantados contra tesoreros, arrendadores, administradores y tomadores de las rentas reales (Malagón, 2004). Estas entidades tuvieron como gran obstáculo el centralismo del control político y económico que se ejercía desde España, un exceso de reglamentación y la dificultad de su aplicación en las colonias, en razón a la diversidad de su población y la ubicación geográfica de los receptores, así como la falta de experiencia e idoneidad de los funcionarios que estaban encargados de la fiscalización.

³ Un reflejo histórico de ese momento se encuentra en la Carta de Jamaica de Bolívar (1815): “La posición de (...) los moradores del hemisferio americano, ha sido, por siglos, puramente pasiva, su existencia política era nula... Se nos vejaba con una conducta que, además de privarnos de los derechos que nos correspondía, nos dejaba en una especie de infancia permanente con respecto a las transacciones públicas. Si hubiésemos manejado siquiera nuestros asuntos domésticos en nuestra administración interior, conoceríamos el curso de los negocios públicos y su mecanismo (...) Estábamos (...) Ausentes del universo, en cuanto es relativo a la ciencia del gobierno y administración del Estado(...) Los americanos han subido de repente, sin los conocimientos previos... a representar en la escena del mundo, las eminentes dignidades de legisladores, magistrados, administradores del erario, diplomáticos, generales, y cuantas autoridades supremas y subalternas forman la jerarquía de un estado, organizado con regularidad” (Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica, 2015).

que se continuara con el sistema económico, político y administrativo de la Colonia, con permanencia de las instituciones públicas constituidas durante dicha época. No en vano se ha sostenido que la verdadera liberación de España se dio a mediados del siglo XIX cuando la estructura económica colonial pudo desmontarse, al incorporar por parte de los comerciantes, artesanos y el pueblo, formas de producción capitalista (Robayo, 2010).

Por tanto, las instituciones de la República, no surgieron de la planificación o la experiencia, sino del actuar improvisado del Gobierno que “las organizó cómo fue posible, esperando que el tiempo, la experiencia y los sucesos la rectificarían y conducirían a su perfección” (Banco de la República, s.f.)⁴. Este fue el caso de la Oficina General de Hacienda, que se creó bajo la misma dinámica del Tribunal de Cuentas vigente desde la Colonia.

Con la Ley Fundamental de 1819 del Congreso de Angostura, se creó la República de Colombia integrada por las Repúblicas de Venezuela y Nueva Granada⁵. Luego, en la Constitución de 1821, se estableció el Gobierno y el poder supremo dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial con sus funciones. Así mismo, se determinaron las competencias administrativas y las dependencias para ejecutarlas dentro del Poder Ejecutivo. Una de ellas fue, la Secretaría de Hacienda sometida a la dirección del presidente de la República y encargada del control, dirección, recaudo de impuestos y manejo del gasto público⁶. Adscritas a la Secretaría de

⁴ Castillo y Rada, *Memorias de Hacienda de 1823*, p. 8

⁵ En aquella Carta, se determinó que la República de Colombia la integraban Venezuela y Nueva Granada y se reconoció como deuda nacional las obligaciones que se hubieran adquirido en forma separada por las dos naciones “a cuyo pago quedan vinculados todos los bienes y propiedades del Estado, y se destinarán los ramos más productivos de las rentas públicas”, lo que, según Tirado (1983) y López (2015), incidió de manera negativa en las finanzas del Estado (Ley Fundamental de la República de Colombia, Artículo 3), véase: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ley-fundamental-de-colombia-1819--0/>

⁶ (Constitución de 1821, artículos 136 y siguientes).

Hacienda, fueron creadas con la expedición de la Ley 20 de 1821⁷ la Tesorería General de la República y la Contaduría General de Hacienda (Martínez, 2010).

La creación de la Contaduría General de Hacienda buscaba consolidar la administración de las rentas, a través de la rendición, revisión de glosas y fenecimiento de todas las cuentas que las oficinas y administraciones de la Hacienda Pública del Estado debían presentarle. Se le encargó también la conformación de la información contable y la rendición de informes anuales al Gobierno sobre las finanzas del Estado y de las provincias con las salvedades correspondientes, para conocer el estado de la economía.

Este organismo realizaba las visitas de arcas (Pulgarín y Cano, 2000), que consistieron en revisiones adelantadas a las tesorerías, oficinas de recaudadores, prefectos y gobernadores, en las que se verificaba de manera detenida los libros que se llevaban, los documentos comprobantes de partidas, el estado mensual de los ingresos y egresos, las listas de deudas pendientes y las razones por las cuales no se habían cobrado (Gaceta de Colombia, 1830). Inicialmente este ejercicio se hizo en las entidades centralizadas, pero con la reorganización de la Hacienda Pública en los años 1822 y 1824, se extendió a las provincias, buscando un mayor control sobre los recursos administrados por las tesorerías departamentales, provinciales y pagadurías regionales que debían rendir información a la Tesorería General y que, a su vez, servía de insumo para la información que debía rendir la Contaduría General. Adicionalmente, se obtendría una mayor efectividad en el recaudo de las rentas y oportunidad en la rendición de la información (Pulgarín y Cano, 2000).

⁷ No se encontró una información precisa respecto al momento en que se creó la Contaduría de Hacienda. En los documentos digitales de la biblioteca virtual de la Universidad Nacional, se encontraron las leyes 4, 7 y 16 de 1815 sobre este organismo. De otro lado, la historia de la Contaduría General de la Nación que aparece en su página oficial, refiere que la Oficina General de Cuentas se creó con la Ley 8 de 1821 y el historiador Armando Martínez Garnica, sostiene que fue la Ley 20 de 1821.

Como si las anteriores funciones no fueran suficientes, al asumir la Contaduría General de Hacienda la estructura colegiada del Tribunal de Cuentas, recibió las cuentas que se encontraban bajo su competencia y el ejercicio de la jurisdicción coactiva para satisfacer los alcances líquidos e incontestables que resulten contra algún responsable del erario (Malagón, 2004).

De lo descrito se infiere la multiplicidad de funciones a cargo de la Contaduría General de Hacienda, siendo lo más preocupante la universalidad de las cuentas que debía revisar, pues se exigía un seguimiento exhaustivo al actuar del funcionario del Estado y no se contaba con un criterio selectivo para escoger las cuentas más representativas, sino que, por el contrario, todos los que tuvieran relación con dineros públicos debían rendir cuentas.

Lo anterior, evidencia a todas luces un control demorado, inoportuno e insuficiente. De hecho, López (1992) alude a la demora en la rendición de las cuentas para esa época, indicando que:

Para 1843 el estado de la contabilidad general de la nación era el siguiente: 1) Faltaba por presentar 1847 cuentas, 2). Faltaba por presentar la cuenta del último año y, 3) La tesorería general había rendido en 1843 la cuenta del año 1833, es decir tenía un retraso de 10 años. (p. 73)

De otro lado, existía un desconocimiento en cuanto al manejo administrativo de los territorios y la definición de competencias entre nación-provincias, lo que ocasionó una excesiva burocracia y malversación de fondos que impidieron un control eficiente sobre el manejo de estos recursos. Por tanto, las finanzas del Estado se vieron ostensiblemente afectadas por las defraudaciones en el recaudo de impuestos, que, aunado a otras problemáticas generales como la regulación dispersa sobre las actividades de importación y exportación que eran fuente primordial de impuesto en aquel tiempo; la falta de control y sanción del contrabando y los

exacerbados impuestos civiles y eclesiásticos, contribuyeron a disminuir drásticamente los ingresos comparados con los gastos públicos (López, 1992).

Tenía también impacto en el manejo de las finanzas estatales el desconocimiento de las herramientas de manejo y control presupuestal más el hecho que los ingresos no permanecían mucho tiempo en las arcas públicas, porque las erogaciones eran una constante, por la destinación que se hacía de gran parte de estos dineros al financiamiento de la guerra, la preservación de la independencia y la compra de armisticio para defender la soberanía nacional, gastos que eran considerados como urgentes⁸. Otro tanto, se destinaba para el pago de los intereses y obligaciones a acreedores extranjeros residentes en el país y a aquellos causados producto de los empréstitos adquiridos por emisarios del país que agravaron la situación económica de la época⁹. Por lo que puede verse que, en aquel tiempo las necesidades sociales no eran ninguna prioridad.

En materia contable, las partidas de gastos eran las relevantes para la Hacienda Pública, pero en su decreto no intervenía ninguna ley, por tanto, no había ningún amparo, ni registro para el gasto y menos, definir destinación específica de los recursos. Esto afectaba su contabilización, ya que solo se podía llevar una contabilidad de caja, con el agravante que únicamente la Tesorería General llevaba un sistema contable de partida doble de cuentas y las entidades objeto de revisión de cuentas, hacían sus registros por el sistema de contabilidad mercantil. De modo que, la contabilidad y el presupuesto no funcionaban adecuadamente, siendo imposible establecer bases precisas y confiables para el estado de las finanzas del Estado (González, 1986).

⁸ Una radiografía de la situación fiscal de Colombia en 1821, puede consultarse en Tirado (1983, pp. 120-149); Méndez (1988, pp. 68-69); y también en las *Memorias de Hacienda* de José María del Castillo y Rada analizadas en Nieto (1996, pp. 62-102, 192-213) y López (1992, pp. 17-52).

⁹ Los empréstitos se tomaron desde 1810, la mayoría con Inglaterra y tenían como fin, en un principio, obtener apoyo económico y político para la emancipación de España. Los historiadores detallan la inexperiencia de las comisiones encargadas de negociarlos por lo que se pagaban intereses altísimos, en detrimento de los intereses del país. El endeudamiento y su impacto social y económico (López, 2015).

Lo anterior incidía en el atraso considerable que tenían las entidades públicas al momento de rendir sus cuentas y también los métodos que se usaban. Se hacía imposible entonces, establecer en forma clara, cierta y precisa el estado de las finanzas del Estado, lo que impedía a la Contaduría General rendir cuentas al Gobierno en debida forma, pues la información no era confiable por la demora, omisión o la inoportunidad en la revisión de las cuentas que le servían de base para tal efecto.

La organización administrativa de la Secretaría de Hacienda, también afectaba el adecuado funcionamiento de la Contaduría. López (1992) señala que, por la falta de determinación en las competencias de las entidades que manejaban dineros, había demasiada burocracia y se generaban duplicidad y confusión en sus funciones. Los funcionarios se sometían a recortes de personal indiscriminados y a bajos salarios que afectaban el rendimiento laboral y por ende, el buen recaudo de los recursos¹⁰. En este sentido, López (1992) indica que esto facilitó las defraudaciones permanentes facilitadas por el desorden administrativo, la falta de controles y, por supuesto, la deshonestidad de algunos funcionarios.

Pero, las fallas no solo eran de la entidad de control. También sucedía que en los eventos en que la Contaduría cumplía con sus funciones, los vigilados desconocían la autoridad del ente de control. En un escrito sobre la “Corrupción y los funcionarios durante la República Neogranadina”, Blanco y Téllez (2016) hacen mención a un artículo publicado en un periódico de la ciudad de Popayán en 1834, donde una visita de fiscalización terminó en “una revuelta con

¹⁰ “Los funcionarios encargados devengaban bajos salarios que no les permitían la subsistencia por lo que ellos vivían de otras actividades lucrativas que los hacía desinteresarse por sus actividades laborales, sólo por exonerarse de los impuestos que les tocaría pues eran ellos quienes los recaudaban. Con esta actitud los productos fiscales no eran crecientes, causando grave mal a la nación. Además, era frecuente el deseo del gobierno y la secretaría de hacienda especialmente, de que los funcionarios públicos cumplieran dos o más puestos de trabajo, con el fin de ahorrarse los salarios correspondientes, pues la situación fiscal al gobierno a ser cada vez más austero en sus gastos así se afectara la prestación de los servicios gubernamentales” (López, 1992, pp. 69-70).

atisbos de manifestación e inconformidad” tras encontrarse un faltante de fondos al encargado en la administración de Hacienda (p. 171).

Por tanto, no era razonable cuestionar solo el accionar de la entidad sin considerar todo el sistema de hacienda y su funcionamiento, la desorganización administrativa imperante, las falencias contables y presupuestales que se tenían en todas las entidades estatales creadas a nivel central y en las provincias y en general dentro de un estado insipiente.

Sin embargo, la inconformidad con la Contaduría General de Hacienda era latente y, mediante un decreto del gobierno, mientras se gestaba la reforma correspondiente, se creó una nueva entidad dentro de la Secretaría de Hacienda para controlar los dineros públicos, con funciones paralelas a las adscritas a la Dirección de la Contaduría General, bajo el argumento de mantener el flujo de información de los ingresos y egresos del Tesoro, lo que se entendió como un voto de desconfianza a esta entidad (López, 1992), desestimándose las propuestas de reforma y fortalecimiento que se presentaron desde el mismo organismo (Torres, 1839).

1.1.2. La Corte de Cuentas

En 1847, época en que se instituyó la Corte de Cuentas, seguía la inestabilidad política producida por la pugna por el poder entre los partidos liberal y conservador, así como las guerras de independencia, tanto internas como en apoyo a otras repúblicas. Valencia (2010), refiere que entre 1847 y 1854, se dio la crisis del medio siglo, en la que se dieron importantes cambios sociales y a la par, la implementación de la política económica de libre cambio de Tomás Cipriano Mosquera.

En esa línea de cambio, se hicieron varias reformas a la Hacienda Pública, procurando dar un adecuado manejo a las finanzas públicas debilitadas por las constantes guerras y los costos que estas causaban al erario. Así mismo, en materia de recaudo de impuestos, había gran

inseguridad jurídica porque existía una multiplicidad de normas fiscales dispersas en el ordenamiento jurídico y persistía la falta de información confiable sobre los gastos e ingresos del Estado, lo que siempre se justificaba en la lentitud de la presentación de las cuentas por parte de los responsables y en la mora para su revisión (López, 1992).

Dentro del paquete de reformas fiscales que se llevaron a cabo, se sustituyó la Contaduría General de Hacienda por la Corte de Cuentas, institución que no era desconocida en la República, pues durante el periodo de la Colonia, los Tribunales de Cuentas de Perú, México y Santa Fe eran los estamentos encargados de ordenar y controlar la fiscalización de los oficiales de las cajas reales, rentas, cuentas, hacienda y el gobierno y la rendición de cuentas¹¹, así que, tanto sus funciones como sus falencias, no pasaban desapercibidas¹².

Con todo, la Corte de Cuentas se creó mediante la Ley 7 de 1847 e hizo parte de la nueva organización de la Hacienda nacional. Este cuerpo colegiado estaba adscrito al poder ejecutivo, integrado por un juez mayor o presidente y seis jueces, con la función de examinar, glosar y fenecer en primera instancia las cuentas mensuales de los responsables del erario, denominación

¹¹ Según Malagón (2004), los juicios de cuentas que tramitaba la corporación, como un control de tipo fiscal y los juicios de residencia y las visitas, fueron de los más antiguos controles administrativos que se implementaron y se definió como el procedimiento por el que se obligaba a responder a quienes de manera regular hubieran tomado parte en la recaudación, administración o inversión de la real hacienda, como tesoreros y contadores.

¹² En efecto, el desempeño de los tribunales de cuentas fue objeto de críticas, por la dificultad de realizar las visitas a los organismos fiscalizados dada la distancia geográfica, pues no había una equivalencia entre los costos que estas diligencias demandaban con las sanciones que se derivaban de su trámite, el tiempo de ejecución y la incertidumbre en la cobranza. Otras críticas fueron la inoportunidad en la revisión de las cuentas, la excesiva centralización de las decisiones administrativas, la multiplicidad de funciones de quienes integraban el cuerpo colegiado, su falta de preparación y la baja remuneración percibida; que generaba ineficiencia, ineficacia y corrupción de la administración colonial, situación que persistió después de la independencia mientras estuvo vigente y cuando surgió la Contaduría General de Hacienda. Sobre la falta de equivalencia entre la costa de los trámites que conllevaban las sanciones y la cobranza, véase Sánchez (1980). Respecto a la situación de los funcionarios de la administración colonial, véase Jaramillo y Colmenares (1978, p. 354). Sobre la ineficacia del sistema, véase Mariluz (1951). En cuanto a la situación de la remuneración de los funcionarios de manejo de los fondos públicos y las fianzas que debían constituir incluso con sus propiedades, durante la República, véase López (1992, pp. 70-81)

que la norma le dio a los administradores generales y particulares de hacienda y a los pagadores generales y particulares de hacienda¹³.

Para este tiempo, se empiezan a implementar sistemas presupuestales y contables más adecuados en el sector público y se impone la obligación de rendir cuentas sobre gastos e ingresos públicos. Se prohíbe además incluir en el presupuesto, partidas de ingresos o gastos de carácter indefinido, dándose más elementos de control y seguimiento al presupuesto de la nación y, por ende, más criterios de comparación y sustento para el ejercicio del control numérico legal.

Por tanto, el ejercicio del control se basó en una evaluación contable de las cuentas remitidas por el Contador General que estaba adscrito a la Tesorería de Hacienda y consolidaba las cuentas presentadas por las dependencias adscritas a la Secretaría de Hacienda. Esta revisión era tanto formal como de fondo y generaba su fenecimiento o finiquito, en el evento en que las cuentas se ajustaran a los requerimientos efectuados.

El proceso se iniciaba con una revisión de forma de la cuenta que efectuaba el juez de conocimiento en un término de 24 horas. Decidida la cuestión de forma de la cuenta, el juez determinaba lo adeudado por el responsable del erario, valorando las liquidaciones de obligaciones que dejó de hacer, la omisión en el cobro que le fuera imputable; los fondos que hubiera recibido y que no se hizo cargo; los pagos hechos sin orden competente o por una orden ilegal, que no contara con soportes; pagos con errores aritméticos que disminuyeran falsamente el ingreso o aumenten falsamente el egreso y por las demás inconsistencias que se encontraran respecto al saldo presente en caja.

¹³ Según López (1992) estos últimos no eran personas de derecho de privado, sino que su connotación particular se derivaba de la especialidad de los pagos que tenía a su cargo, para darles mayor celeridad, por ejemplo, los pagos de la Secretaría de Guerra.

Las glosas que resultaban del examen de la cuenta se comunicaban al responsable del erario para que presentara sus descargos dentro del término de 15 días. Si contestadas las glosas, el juez encontraba que no quedaban desvanecidos los cargos, se daba el fenecimiento, deduciendo el alcance que resulte a cargo del responsable del erario, dando traslado al poder ejecutivo para adelantar el respectivo cobro, pues la Corporación no tenía funciones de jurisdicción coactiva.

Los autos de fenecimiento de cuentas quedaban ejecutoriados dentro de los 15 días siguientes a la notificación al respectivo empleado o responsable del erario, sino presentaba recurso de apelación ante la misma Corte. Si interponía el recurso, debía consignar previamente el alcance deducido contra el responsable y no se surtía ante la Corte en pleno sino entre tres jueces escogidos a suerte por el juez mayor, siendo excluido quien feneció la cuenta. Si el apelante era absuelto de los cargos, se le expedía el finiquito correspondiente, con el cual quedaba cubierta su responsabilidad.

Por otra parte, dadas las funciones jurisdiccionales de la Corte de Cuentas, se encargó al Departamento de Contabilidad General, dependencia adscrita a la Secretaría de Hacienda de llevar la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro de todos los Departamentos Administrativos, el estado de la situación activa y pasiva del Tesoro. Así mismo, se creó la Comisión Legislativa de Cuentas para revisar la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro que le fuera presentada al Congreso del año económico anterior.

No obstante, aunque se delimitó la calidad de responsable de erario, el examen de la cuenta seguía siendo total, así que tal como sucediera con la Contaduría General de Hacienda, no era posible hacer una revisión de cuentas de manera oportuna y tampoco se contaba con el personal suficiente que le permitiera evacuar aquellas cuentas atrasadas. Así mismo, la Corte de

Cuentas le heredó todas aquellas cuentas que quedaron pendientes por rendirse y el retraso que la misma tenía en evacuarlas.

Esto también afectó la gestión de la Corte de Cuentas, por lo que en el año 1848, se indultaron aquellas cuentas, con el argumento de la situación de orden público que aquejaba a la República y que impidieron que se diera la rendición de la cuenta en forma y la revisión por parte de la Corporación de manera oportuna. Aunque esta función fiscalizadora tenía por objeto una acción conminatoria y coercitiva para el responsable a fin de que obrara debidamente con los recursos del Estado (Banco de la República, s.f.)¹⁴, el Gobierno reconocía que, con el examen de cuentas no se lograba la recuperación de los alcances líquidos que debían devolver los responsables del erario.

La Corte de Cuentas tendría una duración de 10 años cuando se creó la Oficina General de Cuentas y fue reestablecida nuevamente en el año 1898.

1.1.3. La Oficina General de Cuentas de 1850

Esta entidad estuvo a cargo de la vigilancia de los dineros públicos en un periodo de la historia colombiana bien convulsionado por los conflictos entre federalistas y centralistas por la autonomía de los Gobiernos seccionales. A su vez, se dan cambios estructurales, producto del auge del capitalismo y el desmonte de la economía colonial; la Revolución industrial, la experiencia ferroviaria, el auge del café y otros productos agrícolas; la abolición de la esclavitud y el reconocimiento de libertades individuales. En materia económica, rigió una política de libre cambio que tuvo un impacto negativo en economía de los artesanos cuyos procesos de producción eran demasiado limitados y no tenían la capacidad para competir con las grandes manufacturas europeas (Nieto, 1996, p. 110)¹⁵.

¹⁴ *Memorias de Hacienda*, 1848, p. 26.

¹⁵ Véanse, además, Méndez (1988); Tirado (1983); Palacios (2002).

Con la Constitución de Rionegro de 1863 expedida bajo el gobierno de Tomás Cipriano de Mosquera se estableció el federalismo y la república se llamó Estados Unidos de Colombia. Se incrementaron además los poderes de los Estados federados y se redujeron los del gobierno central, fortaleciéndose la descentralización fiscal y se comienzan a definir las rentas de la nación y de los Estados federados (González, 1986).

Respecto a la Hacienda Pública, se expidieron diferentes normas que buscaron amoldar la Secretaría de Hacienda y del Tesoro al nuevo diseño estatal, así como a los cambios sociales y económicos. Se crearon los agentes del gobierno, quienes estaban en los Estados para cuidar la recaudación e inversión de las contribuciones y rentas nacionales sin entorpecer las funciones de los Gobiernos seccionales (Gutiérrez, 1860). Empero, este cargo no funcionó como se esperaba pues, según Samper (como se citó en González, 1986), este poder otorgado a los Estados soberanos facilitó que los dineros públicos se dilapidaran y se repartían “como bienes de una herencia abandonada, los edificios, minas, tierras y demás bienes de la Nación” (p. 13-14)¹⁶.

Bajo este contexto se instituye la Oficina General de Cuentas con la Ley del 19 de febrero de 1857, que amplió la calidad de responsables del erario, al Tesorero General de Hacienda, el Administrador General de Correos, los Administradores Principales de Hacienda, los Administradores de Aduanas, de Salinas y de Casas de Moneda, así como a los Pagadores de Guerra y en general, a los empleados o particulares que administren, inviertan o manejen intereses del Tesoro nacional bajo su responsabilidad.

¹⁶ Contraria a la afirmación de Samper, Ocampo (2015) tiene otra perspectiva de lo que fue el federalismo, ya que reconoce la relevancia de la descentralización de rentas y gastos, pues los gastos fueron menores que las rentas y la autonomía a los Gobiernos locales permitió que se robustecieran los recaudos a través de los impuestos directos. Además, buscó fortalecer la economía local “que, en un país como Colombia en ese entonces, era un requisito necesario para el avance económico” (pp. 42-49)

Con el objetivo de contar con un órgano independiente para la vigilancia de los recursos públicos y, aunque en principio estaba anexa a la Rama Ejecutiva, se dispuso que los contadores que harían parte de la Oficina General de Cuentas, fueran nombrados por el Congreso, buscando autonomía en el actuar de dicha oficina y garantizar estabilidad a los contadores pues el Gobierno los cambiaba constantemente.

Para este tiempo, se contaban con fundamentos sobre programación presupuestal, forma y presentación del presupuesto y persistía la prohibición de partidas indefinidas tanto de ingreso como de gasto. Se estableció el trámite de liquidación, orden de pago y pago efectivo para la ejecución de los gastos y se dieron mejores prácticas contables que serían mecanismos de control contra el fraude y la corrupción. Esto significó un avance en el proceso de fiscalización, pues las bases de la rendición de cuentas y su examen, ya contaban con un soporte legal, presupuestal y contable suficiente al consagrarse en la Ley del 7 de junio de 1847, en la reforma a la Hacienda Pública de 1851 y posteriormente en el Código Fiscal de 1873.

Pese a todo, como los anteriores organismos de fiscalización, la Oficina General de Cuentas no fue ajena a la inoportunidad en la evaluación de las cuentas. Su gestión fue cuestionada en múltiples ocasiones por los secretarios de hacienda en las memorias que presentaban al Congreso. De modo que, entre 1848 y 1898, estos documentos registraron la compleja situación de la Oficina General de Cuentas y la preocupación por su adecuado funcionamiento.

Es así, como en estos documentos se cuestiona que, pese a haber sido concebida esta entidad como la suprema guardiana de los recursos públicos, vigilados a través de la rendición de la cuenta, no cumplía con tan magna misión¹⁷. La demora en el examen de las cuentas era

¹⁷ “La Oficina General de Cuentas es la más importante de todas las nacionales porque es la última y más positiva garantía que la república tiene de la fiel inversión de las rentas y de la responsabilidad que pesa sobre las que la

significativa e impedía que se conociera de manera exacta y oportuna la situación del Tesoro, pues se tenía un volumen considerable de cuentas pendientes por revisar de 10 o 20 años atrás¹⁸, que obedecía a la mora en la rendición por parte de los responsables del erario bien fuera por las distancias geográficas, por la desconexión con los responsables en los Estados soberanos, por la multiplicidad de funciones que los contadores tenían a su cargo o por los constantes conflictos de orden público.

Incluso, la gestión de la oficina fiscalizadora se veía afectada por los constantes cambios de contadores que eran designados y removidos al arbitrio del gobierno antes de designarlos el poder legislativo (Banco de la República, s.f.)¹⁹ y por la duplicidad de funciones entre la Oficina General de Hacienda y el Departamento de Contabilidad General, ambos adscritos al Despacho de Hacienda. Además, las debilidades con la implementación del nuevo sistema de contabilidad en el Departamento de Hacienda, también obstaculizaron la labor de control, pues tal sistema no era el mismo para todas las dependencias de la Administración (Banco de la República, s.f.)²⁰.

Ahora bien, reviste especial importancia algunos hechos documentados en las Memorias de Hacienda, tildados como usurpación de funciones por parte del órgano fiscalizador. En 1880, el secretario de Hacienda y Fomento de entonces, se queja de las disposiciones impartidas por la Oficina General de Cuentas en materia de aduanas, cuando la función es propia del poder ejecutivo a través de la Administración de Hacienda:

dirigen y manejan. Inmensa es la confianza que los delegados del pueblo contribuyente para los gastos nacionales han depositado en esta oficina, guardián de los recursos públicos, al encargarla de examinar las cuentas de los que las han manejado y administrado y por ello deben darse cuantos medios conduzcan a llenar cumplidamente su delicado encargo” (Gutiérrez, 1958, p. 59).

¹⁸ Respecto al atraso considerable en la rendición de las cuentas, se consultaron las *Memorias de Hacienda* (MH) de 1859, 1877, 1878 y 1888, que refieren la situación de mora y concluyen que así se nombrase más jueces supernumerarios no se lograría descongestionarla.

¹⁹ *Memorias de Hacienda*, 1856, p. 71.

²⁰ *Memorias de Hacienda*, 1874, p. 65.

(...) ha pretendido dicha oficina general, que a ella corresponde la determinación del modo como han de ejecutarse varias de las disposiciones de aduanas; y siguiendo en la vía de usurpación de funciones, no sólo ha ordenado que se desconozcan las prevenciones del poder ejecutivo sobre la materia, sino que aún ha llegado a arrebatar a los empleados de aduanas, esto es, a los responsables de erario cuyas cuentas le toca examinar, algunas de las funciones que le son privativas, tales como las de reconocimiento de las mercaderías. Ha unido a sus propias funciones las del poder ejecutivo en materia de aduanas, y las de los administradores de este ramo. En una palabra, ha pretendido asumir el exclusivo manejo de las aduanas. (Wilson, 1880, p. 23)

Así mismo, en las Memorias de Hacienda de 1885 se expuso el accionar de la Oficina de Cuentas al pretender modificar el orden de preferencia de los pagos de los gastos nacionales, establecida en artículo 1394 del Código Fiscal de 1873²¹, limitando el accionar del poder ejecutivo e impidiendo la administración del Tesoro acorde a las necesidades del servicio (Posada, 1885, p. 46-47)

Todo lo anterior, servía de sustento para invocar una reforma sustancial a la Oficina General de Cuentas o su reemplazo por una Corte de Cuentas como venía proponiéndose desde 1855. Sin embargo, con todas las dificultades mencionadas, la entidad estuvo vigente en la organización administrativa de la República hasta 1898, sin que el cambio fundamental de Estado federal a República unitaria fruto del movimiento de la Regeneración y contenido en la Constitución de 1886, incidiera en su funcionamiento.

Entre tanto, se expidieron algunas disposiciones para darle mayor agilidad y oportunidad en la revisión de las cuentas, como el artículo 2063 del Código Fiscal, que dispuso un

²¹ El código fiscal de 1873 determinó en su artículo 1394 el siguiente orden de preferencia de gastos por parte de la Secretaría de Tesoro: 1. Raciones del ejército y materiales para los hospitales, 2. Provisión de agua para el ejército, transporte, vestuario, equipos, forrajes y herraduras; 3. Útiles de escritorio para oficinas públicas; 4. raciones para militares de la independencia, de los inválidos y pensionados; 5. Materiales de correos; 6. Impresiones Oficiales; 7. Viáticos y dietas de los congresistas; 8. sueldos de empleados civiles y pensiones; 9. Renta de monjas enclaustradas. 10. Resto de gastos nacionales, en el orden que establezca el ejecutivo (López, 1992, p. 238).

fenecimiento automático a todas las cuentas pendientes al 8 de mayo de 1863 y la Ley 140 de 1887, se ordenó la creación de más contadores para el examen que debían rendir tesoreros y administradores generales de los departamentos, con el fin de armonizar las cuentas en toda la República.

1.1.4. La segunda Corte de Cuentas

La corporación se restableció con la expedición de la Ley 36 de 1898, en el tiempo que se dio la Guerra de los Mil Días y durante el cual, dada la grave situación del país, el caos político, social, económico y fiscal que esta trajo consigo, no se presentaron cuentas ni se rindió información de ninguna índole sobre las rentas fiscales y los gastos causados por la nación (Banco de la República, s.f.)²².

La Corte de Cuentas se creó como un cuerpo colegiado, adscrito a la Rama Judicial, integrada inicialmente, por diez magistrados elegidos para un periodo de cuatro años, cinco por el Senado de la República y cinco por la Cámara de Representantes, los cuales podían ser reelegidos indefinidamente. Esta forma de elección, el número de magistrados y el término para el desempeño del cargo, fue objeto de varias reformas entre 1905 y 1918, con las que se buscó imprimir mayor eficiencia a las funciones de la Corte y dotar de independencia su ejercicio²³.

El Juicio de Cuentas tuvo varias reglamentaciones, contenidas en las leyes 61 de 1905 y 110 de 1912. De ellas, puede destacarse, por ejemplo, la definición de quién era responsable del

²² *Memorias de Hacienda*, 1904.

²³ El número de integrantes de la Corte de Cuentas variaba con cada reforma establecida, por ejemplo, con la Ley 61 de 1905 fueron cinco, con la Ley 19 de 1912, se dispuso que fuera integrada por doce magistrados, nombrados en propiedad, seis por el Senado y seis por la Cámara de representantes para un periodo de cuatro años; con la Ley 110 de 1912, fueron diez pero elegidos por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo; con la Ley 36 de 1918 fueron trece los magistrados, seis eran designados por la Cámara de Representantes y siete por el Senado de la República. Así que, en 13 años, el número de magistrados varió en cuatro oportunidades. Estos cambios indefectiblemente debieron incidir en el funcionamiento de la entidad, pues, partiendo de una situación lógica, capacitaciones o inducción a los nuevos funcionarios y el trámite de las actuaciones debió reasignarse en muchas oportunidades, pudieron generar retrasos en la celeridad de sus actuaciones.

erario y quién tenía la calidad de empleado de manejo; el primero, correspondía al género y comprendía al ministro ordenador —el único con tal calidad era el ministro del Tesoro— y los liquidadores y pagadores que hacen parte de la administración pasiva del Tesoro nacional. Por su parte, los recaudadores, pagadores y liquidadores tenían la calidad de empleados de manejo. Adicionalmente, se incluyeron como responsables de rendir la cuenta, los administradores de empresas a las cuales se les ha concedido garantía de interés, mientras gocen de ese beneficio conforme al contrato y aquellas en las el Estado tuviera participación.

De igual manera, el trámite procesal buscaba, además, averiguar si los empleados de manejo habían cumplido sus deberes, en lo relativo al reconocimiento y percepción de las cantidades que deben ingresar al Tesoro nacional, a los pagos que se verificaban en virtud de los giros hechos por el ordenador o de los reconocimientos practicados y a la formación, rendición y comprobación de sus cuentas, para deducir la responsabilidad civil o pecuniaria a que hubiera lugar (Ley 110 de 1912, art. 333).

Con todo, las normas referidas dotaron a la Corte de Cuentas de precisas funciones en la evaluación de cuentas y en especial, en el control al gasto público donde se fijaron las reglas para la validez de las erogaciones a cargo del tesoro²⁴, declarar la exequibilidad de las órdenes de pago resistidas por los pagadores²⁵ y se incluyeron nuevos criterios de comparación como los

²⁴ El artículo 260 de la Ley 110 de 1912, traía como requisitos para la validez de los pagos, la apropiación presupuestal correspondiente o que el gobierno hubiere abierto crédito acorde a la ley, reconocimiento por parte del liquidador del Tesoro, la expedición de la orden de pago por parte del Ordenador y la verificación por parte del pagador que el pago se ajuste a la orden respectiva.

²⁵ Este trámite se activaba en el evento en que se presentara a un pagador una orden ilegal para su pago. Este debía abstenerse de pagarla y presentar observaciones al ordenador del gasto sobre el caso, quien la debía remitir al liquidador para que las examine y manifieste si insiste o no, en su pago. En caso de insistencia, debía hacerse la remisión de la orden a la Corte de Cuentas para que esta decidiera sobre su procedencia. En el evento de darse una orden contraria a la ley y darse su pago, tanto el ordenador como pagador incurrían en responsabilidad solidaria por el hecho. El pagador se exoneraba de responsabilidad si evidenciaba que se abstuvo de hacerlo, presentó las observaciones y pese a ello se le ordenó su pago (Ley 110 de 1912, artículos 266 y 327 literal d).

principios de unidad de responsabilidad, unidad de caja y unidad de cuenta para los empleados de manejo.

Respecto al juicio de cuentas, hay que precisar que, dada la naturaleza jurisdiccional de la Corte de Cuentas, dentro de la Administración General de la Hacienda Nacional se creó una sección de cuentas, dependencia a la que todos los empleados de la nación encargados de la recaudación de rentas o contribuciones públicas debían rendirlas. Estas se consolidaban y se conformaba la cuenta que se presentaba a la Corte de Cuentas para su examen, así que el juicio comenzaba desde que se rindiera la cuenta mensual o anual del responsable, que se presentaba al examen del magistrado respectivo y terminaba con la ejecutoria del auto de fenecimiento definitivo o de segunda o de tercera instancia. Esta última se surtía ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo al que se acudía en recurso de apelación frente al auto de fenecimiento de segunda instancia con alcance a cargo del responsable (Ley 110 de 1912, art. 365)

Pasando a lo relacionado con la interacción entre la Corte de Cuentas y los sujetos vigilados, hay que señalar que en los documentos consultados no se encontró evidencia que hubiera alguna intromisión de la corporación en el actuar de los sujetos vigilados y ello pudo deberse a que dentro de la estructura de la rama ejecutiva, la sección de cuentas de la Administración General de la Hacienda Nacional era quien tenía interacción directa con los responsables de manejo para la rendición de la cuenta, no la Corte.

Sin embargo, se encontraron algunos documentos que sí advierten la intromisión del poder ejecutivo en las decisiones de la Corte de Cuentas, a pesar de haberse establecido límites a los poderes públicos según el artículo 57 de la Constitución Política de 1886 y el ejercicio

separado de sus respectivas atribuciones. Un caso simple se encontró al consultar los Diarios Oficiales de 1899.

En abril de ese año, recién instalada la Corte de Cuentas, se profirió Auto de Fenecimiento Provisional de la Cuenta de la Administración de la Aduana de Cartagena, correspondiente al mes de julio de 1898, cuyo responsable era el señor Emidgio P. Solano, por ser satisfactorias las contestaciones dadas por el funcionario frente a los requerimientos dictados por la entidad de control (Congreso de la República, 1899). Sin embargo, respecto a los meses de diciembre de 1897, febrero y septiembre de 1898, se le ordenó “varios alcances por los pagos que hizo en virtud a órdenes emanadas por el Ministerio del Tesoro” los cuales fueron confirmados en autos proferidos por la Corte Suprema de Justicia.

En este asunto intervino el gobierno de Rafael Reyes y a través de la Ley 20 de 1905 (Congreso de la República, 1905, Diario Oficial 12337) eximió al señor Emidgio P. Solano de la responsabilidad impuesta por la Corte de Cuentas, lo que le obligó a expedir el respectivo finiquito (Congreso de la República, 1905, Diario Oficial 12403), desconociendo la esfera competencial del poder judicial en cabeza de la Corte de Cuentas y de la Corte Suprema de Justicia que había confirmado el pronunciamiento de la corporación de fiscalización²⁶.

De otro lado, en los documentos consultados para esta investigación, también se encontró evidencia de la dificultad del control a las fuerzas militares en la ejecución de sus gastos,

²⁶ Este asunto resalta la debilidad del principio de separación de poderes cuando hay un poder concentrado en una de las ramas del poder público. Debe reseñarse que el Gobierno de Rafael Reyes no se caracterizó por acatar este principio. Aunque debió enfrentarse al inicio de su periodo presidencial a la crisis general que atravesó el país después de la Guerra de los 1000 días, sus proyectos no tuvieron eco en el Congreso de la República por lo que decidió suprimirlo y convocar una Asamblea Nacional Constituyente-Legislativa a través del Decreto Legislativo 29 de 1905 (Por el cual se convoca a una Asamblea Nacional. DO 12.270 Año XII. 4 de febrero), la cual le avaló sus reformas durante todo su periodo de gobierno e incluso hasta su permanencia en el poder por un término superior al mandato presidencial establecido. Por otro lado, en 1905, en su gobierno, se expidió el decreto legislativo 270 de marzo de 1905 donde se ordenó a la Tesorería General de la República que no pagara ninguna cuenta si no tenía la ordenación previa del presidente de la República; medida que, parafraseando a López (1992), era una medida fiscal extrema ya que no se habría visto que un presidente de la nación se involucrara en la ejecución efectiva del gasto público (p. 54).

situación que en la actualidad persiste en el ejercicio del control fiscal. En el informe rendido al Ministerio del Tesoro por el presidente de la Corte de Cuentas, en junio de 1904, se mencionaban la cantidad de cuentas pendientes por rendir correspondientes a gastos de guerra. Ante los requerimientos efectuados, se argumentaban que tales gastos eran de carácter reservado. Pese a esta justificación, la corporación señaló: “También dijo la Sección, y es bueno repetirlo: no hay obstáculo ninguno, sino por el contrario, es muy natural que el Tribunal creado para fiscalizar la debida inversión de los fondos públicos sepa en qué se han invertido” (Corte de Cuentas, 1904).

Aun cuando se dieron innovaciones al proceso de rendición y juicio de cuentas, las críticas por la inoportunidad en la presentación por parte de sus responsables, fueron permanentes. Esto motivó a que en la Ley 36 de 1918 se estipulase un término perentorio para rendirlas so pena de destitución, pero no fue suficiente para remediar la problemática. Varios autores señalaban a la Corte de Cuentas como una institución anticuada. Por ejemplo, Palacio (1945) se refirió a una revisión eminente formal: “a pesar de la flaqueza del fisco nacional, teniendo apenas que resignarse a revisar y fenecer lo hecho y a no conocer de muchas erogaciones efectuadas dentro de un presupuesto atomizado, conducido a su arbitrio por las entidades administrativas” (p. 2). Otros, como Lascarro (1945) se refirieron a la falta de coordinación entre las entidades encargadas del manejo fiscal de los dineros del Estado, lo que ocasionaba que se presentara información diferente de las finanzas públicas.

Finalmente, la Corte de Cuentas se reemplazó por el Departamento de Contraloría que se creó en Colombia dentro de las recomendaciones que efectuó la misión Kemmerer. Los expertos presentaron un diagnóstico del funcionamiento de la Corte de Cuentas, manifestando que su desempeño no lograba determinar en forma eficiente y oportuna el gasto público y que la corporación continuaba trabajando sobre cuentas atrasadas, despojada de controles efectivos al

gasto público y a la gestión de la administración, ejerciendo solo funciones de carácter judicial que se desprendían de la revisión de las cuentas²⁷.

1.1.5. Eficiencia del examen de cuentas como mecanismo de control a los recursos públicos

Hasta este punto, puede decirse que la Contaduría General de Hacienda, la Corte de Cuentas y la Oficina General de Cuentas, fueron instituciones de carácter colegiado que aplicaron como único mecanismo de control, bajo un esquema numérico legal para el seguimiento a los recursos públicos, la glosa, examen, el fenecimiento y el juicio de cuentas, en la forma en que lo venía haciendo el Tribunal de Cuentas de la Colonia. Si bien las instituciones en mención fueron objeto de varias modificaciones, la rendición de la cuenta por parte de los responsables del erario y el trámite para determinar los alcances líquidos y buscar su recuperación se mantuvo en la misma línea del tribunal colonial. Por tanto, la evolución de estos organismos no se dio en la misma medida y proporción a las nuevas instituciones y tareas a cargo del Estado ni a las dinámicas que se iban presentando con la industrialización y el crecimiento económico que venía logrando el país, aspecto recurrente en el ejercicio del control fiscal.

La inconformidad relacionada con la omisión o la demora en la presentación de las cuentas y el hecho que las glosas, el examen o el fenecimiento, estuvo vigente independientemente del órgano que hiciera la fiscalización. Este era un trámite dispendioso, demorado e inoportuno que generó que estos organismos fueran tildados de ineficientes y mostró que el control de la administración a través de la cuenta, no sirviera de manera real y confiable

²⁷ En la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la ley 42 de 1923, los técnicos norteamericanos demostraron la demora de la Corte en revisar cuentas, pues el auto de observaciones a las presentadas por el Tesoro General de la República correspondiente al año 1921, sólo fue recibido por este funcionario en abril de 1923” Pérez (1962, como se citó en Penagos, 1979).

para conocer las finanzas del Estado y para combatir la corrupción²⁸ identificada primordialmente como la apropiación de alcances líquidos que se dieron durante el periodo que estuvieron vigentes estos organismos (1821-1922).

En resumen, las causas que pudieron evidenciarse en los documentos consultados, fueron:

- En las *Memorias de Hacienda* consultadas, se manifestaba la necesidad de contar con el personal suficiente para adelantar la revisión de las cuentas de todos los responsables establecidos en las disposiciones legales.
- El examen de la universalidad de cuentas y gastos públicos realizados, sin contar con un método de selección de cuentas relevantes.
- Traslado de cuentas pendientes por examinar o glosar al organismo de control que reemplazaba al anterior, lo que hacía que el nuevo ente fiscalizador naciera congestionado. Práctica que se hizo desde el Tribunal de Cuentas Colonial.
- Limitación para realizar visitas de fiscalización, por las distancias, la ubicación geográfica, la diversidad de la población y los constantes conflictos bélicos.

²⁸ También, se tenían algunas disposiciones que imponían la obligación de cuidado de los recursos públicos so pena de sanción, destitución o muerte, pero no eran de competencia de los órganos de fiscalización mencionados. Por ejemplo, en la Ley de 1819 proferida contra los empleados de hacienda, se le aplicaba la pena de muerte a quien se le justificare sumariamente fraude o malversación de dineros públicos (Gómez, 1983, como se citó en Amaya, 1996). En la Constitución de 1821 se le asignó el derecho exclusivo a la Cámara de Representantes para acusar ante el Senado al presidente de la República, al vicepresidente y a los ministros de la Alta Corte de Justicia, en todos los casos de una conducta manifiestamente contraria al bien de la República y a los deberes de sus empleos, o de delitos graves contra el orden social. Los demás empleados estaban sujetos a la inspección de la Cámara de Representantes, y podrán acusarlos ante el Senado por el mal desempeño de sus funciones, u otros graves crímenes, además de la competencia que pudiera tener sobre el asunto determinado otros jefes y tribunales para velar la observancia de las leyes, y juzgar, deponer y castigar según ellas a sus respectivos subalternos. En la Constitución de Nueva Granada se impuso la prohibición de extraer del tesoro público dineros destinados para otros fines a los dispuestos en la ley y conforme a los presupuestos aprobados por el Congreso (Constitución de la Nueva Granada, 1832, art. 204) (Blanco y Téllez, 2016, p. 167). También hay que recordar la Ley de los Caballos de 1888, que facultaba al presidente de la República para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado, las conspiraciones contra el orden público y los atentados contra la propiedad pública o privada, imponiendo el confinamiento, la expulsión del territorio, la prisión o la pérdida de derechos políticos por el tiempo que considerara necesario (Adarve, 2012).

- Falta de uniformidad en los procedimientos contables y presupuestales por parte de las entidades vigiladas.
- Dispersión en las normas de hacienda y varios órganos desempeñando las mismas funciones.
- Falta de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones. La Contaduría General de Hacienda, la Oficina General de Cuentas y la primera Corte de Cuentas, estaban adscritos al poder ejecutivo. Por su parte, la Segunda Corte de Cuentas tenía carácter jurisdiccional, pero no gozaba de autonomía frente a las otras ramas del poder público.

Una situación recurrente durante la fiscalización realizada por estas entidades, era la ordenación del gasto. En las memorias consultadas, se documenta la problemática generada por no estar en manos de una única dependencia esta función. Por ejemplo, en el año 1870 se cuestionaba la injerencia del cuerpo legislativo en el destino de los dineros públicos, porque otorgaba diferentes prebendas con fines electorales o comprometía el presupuesto con destinaciones específicas a cargo del Departamento de Fomento y el de Instrucción Pública que eran los despachos más costosos de la nación, ocasionando que el presupuesto ya tuviera una destinación específica que le impedía al ejecutivo maniobrar en otros gastos (Banco de la República, s.f.)²⁹. También se encontró, que en 1905 durante el gobierno de Rafael Reyes, a través del decreto legislativo 270 se ordenó a la Tesorería General no pagar cuenta alguna si no tenía visto bueno del presidente y del ministerio del Tesoro.

Por otra parte, cuando las obras de infraestructura y transporte fueron surgiendo, el ordenamiento jurídico no incluyó ninguna obligación de rendición de cuentas a estas entidades,

²⁹ *Memorias de Hacienda*, 1880.

así manejaran recursos públicos en cuantías importantes. Es el caso de la participación de capital estatal en las empresas de la infraestructura ferroviaria o las concesiones que se dieron en este sector³⁰. Las disposiciones legales otorgaban diferentes beneficios y exenciones para hacer más atractiva la participación de capital extranjero en esta industria, pero poco se decía respecto a los controles técnicos y administrativos a cargo del Estado y a la forma de rendir cuentas, pese a que el Estado estaba facultado para intervenirlas (Rico, 2016, p. 57).

1.2. El control previo como instrumento de intervención económica en la gestión del Estado

Nuestra historia documenta las luchas del siglo pasado por lograr un consenso que nos incluyera e identificara como nación. Con el término inclusión se acuña, el reconocimiento como entes descentralizados a los territorios locales con sus realidades económicas, sociales y políticas, aspectos que se intentaron reconocer a través del federalismo con las Constituciones de 1858, 1861 y 1863 (Valencia, 2010).

La identidad, refleja el sentido nacionalista como ideología, que revistió el movimiento de la Regeneración³¹ y que dio origen a la Constitución de 1886. El paso del federalismo a la República unitaria trajo consigo varias guerras entre 1885 y 1910 cuando terminó afianzándose el centralismo y con él, una elite nacional tanto del partido liberal como del partido conservador conexas con el comercio exterior (Bergquist, 1981, como se citó en Ocampo, 2015).

³⁰ Durante mediados del siglo XIX, Colombia se esperanzó en la industria ferroviaria como aquella que podía mejorar las condiciones económicas, además de considerarse un avance tecnológico en materia de transporte y obras públicas. En varias regiones se iniciaron construcciones, pero los resultados no fueron los esperados, porque también sufrieron el impacto de las guerras internas, en especial la de los Mil Días y la crisis fiscal y económica. Aunque en un periodo se le inyectó mayor capital estatal y se vio una pequeña mejoría, no fue suficiente para un crecimiento sostenido y construir una verdadera infraestructura ferroviaria por falta de mecanismos jurídicos, técnicos y económicos que le dieran autoridad al gobierno colombiano para exigir el cumplimiento de los actos jurídicos convenidos con las empresas que participaron en la industria.

³¹ Para Cardona (2015) la Regeneración promulgaba la identidad nacional sustentados en la religión católica, la defensa del español y la tradición colonial. Sus pilares se consignaron en la Constitución de 1886 de carácter unitario y centralista, que afectaron a los estados soberanos degradados a departamentos y a entidades político-administrativas dependientes del poder ejecutivo (p. 282).

Entre 1899 y 1902, se dio la Guerra de los Mil Días, que fue quizás la contienda más cruenta de la época entre liberales y conservadores, agravada por la crisis económica acaecida tras la depresión de los productos de exportación, en especial, el desplome de los precios internacionales del café que dejó sumido al país en una situación crítica. A esto se le sumaba, el manejo irregular que tuvo la moneda nacional y las emisiones ilimitadas que se destinaban para el pago de servicios públicos o los gastos del ejército, situación que siempre buscó regularse a través de un banco central.

Al mismo tiempo, en este periodo se dieron dos acontecimientos trascendentales para Colombia: la separación de Panamá y la pérdida del canal. Mientras Colombia se afincaba en una violenta guerra, Estados Unidos negociaba la concesión para la construcción del Canal de Panamá y este por su parte, buscaba la independencia de Colombia que ya había intentado en años anteriores.

La construcción del canal era un ambicioso proyecto que demandaba gran cantidad de recursos que Colombia no tenía y para el cual, indefectiblemente debía contar con dinero extranjero. A su vez, la empresa que se benefició con la concesión quebró en 1889, lo que facilitó el camino a Estados Unidos para adquirir la mayor parte de las acciones de dicha empresa e iniciar negociaciones con Colombia para continuar con la obra. Luego, con el Tratado Hay-Pauncefote suscrito entre Inglaterra y Estados Unidos en 1901, se declaró la zona del canal como de interés internacional y se le desconocieron a Colombia permisos de construcción e intervención militar, que sí asumió Estados Unidos para garantizar la continuidad de la obra y que se ejercieron durante la guerra de los Mil Días.

El comportamiento tan pasivo que tuvo Colombia frente a estos acontecimientos, sirvió a la independencia de Panamá que fue apoyada por Estados Unidos. Igualmente, la crisis económica

y financiera que generó sostener la independencia, junto con los constantes conflictos internos y en especial la Guerra de los Mil Días, le pasaron factura al país y lo mostraron impotente para negociar con los Estados Unidos la concesión para la construcción del Canal de Panamá y la terminó perdiendo (López, 1998, p. 27).

Como consecuencia de negociaciones desafortunadas y tratados internacionales donde se desconocía la soberanía de Colombia sobre Panamá, se suspendieron relaciones diplomáticas con Estados Unidos, las que se reiniciaron después de suscrito el Tratado Urrutia-Thompson en 1914 a través del cual, se reconoció por parte de Estados Unidos una indemnización equivalente a 25 millones de dólares. Esta suma de dinero que ingresó al tesoro colombiano no se habría podido conseguir de ninguna otra manera, lo que generó la llamada *danza de los millones* y acostumbró a nuestro país a un consumo significativo de bienes, obras y servicios del que no quiso volver a restringirse y motivó sucesivas reformas tributarias para poderlo sostener.

Aunque la indemnización fue de buen recibo en el gobierno colombiano porque se destinó al aumento de las exportaciones, a la puesta en marcha de obras públicas, en especial, los ferrocarriles y, por ende, a una significativa mejora en las arcas estatales, estos beneficios no llegaron a toda la población que no contó con inversión social y que se vio afectada por el aumento en el costo de vida y la carestía en los alimentos (Fluharty, 1981).

Por ello, varios historiadores señalan que la nación se vio obligada a hacer varias concesiones al gobierno americano y a partir de allí, se empieza la dependencia de nuestro país de Estados Unidos, a través de empréstitos, la explotación minera y del sector de los ferrocarriles, dibujadas como un “apoyo” dentro del escenario capitalista que ya se estaba forjando para el país.

De igual forma, se ha sostenido que el gobierno americano presionó la contratación de la misión Kemmerer para regular materias fiscales, administrativas y bancarias y así, mejorar la confianza inversionista³². Es así como las medidas que se implementaron a partir de las recomendaciones de la misión Kemmerer se destacaron por su fuerza intervencionista en la economía, en especial, con la regulación de la moneda, los instrumentos de inversión financiera, el sistema presupuestal y la implementación del control previo ejercido por el Departamento de Contraloría para hacer un seguimiento estricto al presupuesto de la nación.

El grupo de expertos norteamericanos estuvo en nuestro país por un corto tiempo y como ha sido constante con la mayoría de misiones y estudios de extranjeros que se contratan para Colombia, sin analizar la realidad del país y sus regiones, presentó sus propuestas de acuerdo al esquema que recién estaba implementado en otros países de América y en aparente funcionamiento, siendo este, el caso del Departamento de Contraloría que fue concebido de la *General Accounting Office* (GAO) recién creada para Estados Unidos en 1921³³.

Así las cosas, con la Ley 60 de 1922, el Congreso facultó al gobierno de Pedro Nel Ospina, para contratar en el exterior hasta cinco expertos en asuntos de administración pública

³² La presencia de los expertos provenientes de los Estados Unidos, fue motivo de opiniones encontradas por parte de los historiadores colombianos. Quienes no compartieron la presencia de la misión, señalaban que su presencia en el país tenía una relación directa con la indemnización que el país recibió por la pérdida de Panamá (Tirado, 1983, p. 288); también, una conexión entre la misión americana y los compromisos monetarios adquiridos con bancos extranjeros por la nación en búsqueda de su desarrollo y fortalecimiento económico y una intromisión del país americano en la soberanía nacional (Bushnell, 1994). Tampoco fue bien visto que las recomendaciones realizadas se convirtieran en leyes de la República (Bocanegra, 2015). En cambio, Lascarro (1945), sostiene que cuando Mr. Kemmerer llegó a Colombia en 1922 en su primera misión, se encontró con una crisis administrativa, presupuestal y bancaria que se revelaba en una permanente insuficiencia de fondos en la tesorería general para atender hasta los servicios más urgentes.

³³ La GAO es una agencia que trabaja para el Congreso y en programas públicos para la sociedad. El congreso le pide estudiar los programas y gastos del gobierno federal para su ejercicio de control político (Gómez, 2016). Esta se creó como una entidad independiente de carácter unipersonal encargada de verificar la legalidad y la adecuación de los gastos del gobierno, no examinaba cuentas, ni adelantaba juicios fiscales de fenecimiento. Pero al incorporarla en nuestro país como el Departamento de Contraloría, se le dieron las funciones que tenía la Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina General de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro y la Oficina Nacional de Estadística, generándole una multiplicidad de funciones jurisdiccionales, administrativas y de fiscalización.

para que sirvieran de asesores al gobierno en la preparación de normas tendientes a la reorganización de los servicios, rentas e impuestos nacionales.

Sin embargo, la misión buscó la implementación de normas legales que:

Aseguraran el equilibrio del presupuesto durante las fases de su preparación, su aprobación por el Congreso y su ejecución por parte del Gobierno y, la creación de una oficina de contabilidad y control fiscal encargada de sujetar la ejecución presupuestal a las normas fiscales vigentes y de llevar al mismo tiempo una contabilidad presupuestal acompañada del registro ordenado de datos financieros que permitiera suministrar al Gobierno oportunas informaciones para la orientación de sus actividades fiscales. (Lascarro, 1945, pp. 15-17)

En lo que sigue, se describirá la presencia de la misión Kemmerer y los sistemas de control aplicados para el ejercicio de un rígido control presupuestal que terminó por indisponer a los vigilados porque se consideró la fiscalización como una coadministración.

1.2.1. La misión Kemmerer, el control previo y el Departamento de Contraloría

De acuerdo a las recomendaciones de la misión Kemmerer, la creación del Departamento de Contraloría para Colombia, pretendía una entidad con independencia y autonomía, dentro del gobierno, despojada de toda influencia política, encargada de vigilar la legalidad y pertinencia del gasto público. Empero en el trámite legislativo que terminó con la Ley 42 de 1923, se le entregaron otro tipo de funciones.

La creación legal del Departamento de Contraloría fue confusa, ya que dentro del diseño del Estado que trajo la Constitución de 1886, no había cabida para un órgano de control y no existía intención de surtirse una reforma constitucional para incluir una entidad independiente para la función del control fiscal. Por tanto, la norma dispuso que fuera un “servicio nacional

administrativo adscrito al Gobierno Nacional, independiente de los demás departamentos administrativos”, pero con facultad del poder ejecutivo para elegir el contralor³⁴.

Como era de esperarse, la naturaleza legal de la entidad fue demandada ante la Corte Suprema de Justicia, pues así establecida no se ajustaba al artículo 59 de la Constitución de 1886 original³⁵. Sin embargo, la corporación judicial en un pronunciamiento de 1924, la declaró ajustada a la Ley, aunque reconoció que, por las funciones atribuidas al Departamento de Contraloría, esta denominación no fue acertada, pues la connotación de independencia que debía ostentar en razón a sus funciones de fiscalización, le impedía ser agente del gobierno. El pronunciamiento judicial se basó en la diferenciación de las funciones de administración de la “cosa pública” a cargo de los organismos del poder ejecutivo y las de fiscalizar en cabeza del Departamento de Contraloría.

Superado el juicio de legalidad de su naturaleza jurídica, en el artículo 6 de la Ley 42 de 1923, se dispuso que el Departamento de Contraloría tendría competencias exclusivas de fiscalización en cuanto al examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los funcionarios encargados de rendir, pagar y custodiar fondos o bienes de la nación. También, prescribía los procedimientos para la presentación de cuentas, manejo de inventarios y enajenación de fondos o bienes; la forma de llevar los libros de contabilidad, recibos, comprobantes y todos los documentos que se refieren al recibo o desembolso de fondos.

³⁴ Explica Lascarro (1945), que, hasta el año de 1918 en todas las naciones del mundo, inclusive los Estados Unidos de Norteamérica, se contaba con Cortes o Tribunales de Cuentas. Pero la idea de Contraloría la buscó el gobierno norteamericano para reorganizar la administración financiera de su país en 1921 y fue ensayado por primera vez en México con resultados poco satisfactorios. Por tanto, infiere que, cuando fue contratada la primera misión, “no contara con expertos capacitados para prever con acierto las dificultades de detalle que habría de ofrecer la incrustación del sistema de contraloría en una administración fiscal de orientación eminentemente francesa como la nuestra” (p. 16).

³⁵ Constitución de 1886, contenido original. Artículo 59.- El Presidente de la República es el Jefe del Poder Ejecutivo, y lo ejerce con la indispensable cooperación de los Ministros. El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno.

Así las cosas, al Departamento de Contraloría se le entregaron funciones estrictas para revisar la legalidad de las actuaciones de la administración, acordes al sistema económico asumido desde la Constitución de 1886, las cuales se ejercieron a través de la figura del control previo y le atribuyeron gran poder al contralor en el seguimiento a la ejecución del gasto público.

En efecto, el control previo consistió en la vigilancia del actuar de los empleados y funcionarios responsables de dineros públicos, a través de la evaluación, revisión y verificación de los diferentes actos de la administración pasiva y activa del Tesoro nacional por parte del Departamento de Contraloría.

En ejercicio de este sistema, la Contraloría debía refrendar las órdenes de pago a cargo del Tesoro nacional para su validez y los bonos u otros documentos de deuda pública emitidos por el gobierno. También, determinaba forma en que debían invertirse los fondos que recibieran los funcionarios pagadores por órdenes de anticipos para gastos oficiales. Igualmente, se facultaba al órgano de control para intervenir en los procesos de contratación, en los que debía certificar la disponibilidad de los fondos necesarios para su pago³⁶.

Incluso el ente de control podía llamar la atención del funcionario administrativo correspondiente cuando, a su juicio, ejecutaba un gasto de fondos públicos o uso de propiedades públicas de manera irregular, innecesaria, excesiva o superflua. Así mismo, por solicitud de algún empleado encargado del manejo de fondos públicos, el contralor general podía proferir una decisión por escrito respecto al objeto o alcance de cualquier apropiación, o fondo especial de

³⁶ Estas disposiciones estaban contempladas en los artículos 53 a 57 de la Ley 42 de 1923 y fueron defendidas por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de agosto de 1924, mencionando que: "...contienen reglamentaciones relativas al modo de celebrar contratos los empleados del Gobierno y sobre la obligación de otorgar fianza los empleados de manejo y determinación del empleado que debe admitirlas, encaminadas a poner orden en las erogaciones de fondos del Tesoro Nacional para afianzar el crédito del Estado, de modo que haya dinero disponible para cubrir las órdenes de pago que contra aquél sean giradas, y a impedir las filtraciones de los dineros del Estado por obra de empleados sin responsabilidad pecuniaria o de responsabilidad deficiente. Esas disposiciones son esencialmente fiscalizadoras para asegurar una sana administración de los negocios públicos, y su finalidad es muy digna de loar" (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 1924).

reserva, como también la aplicación de una renta o la legalidad de una erogación, y sobre la disposición de cualquier propiedad del gobierno.

Se facultaba además al contralor para transferir en cualquier época del año, el saldo sobrante de una partida que hubiere sido apropiada, a la cuenta de sobrantes siempre que el funcionario encargado certifique al contralor que existe un saldo superior a las necesidades, o que la obra a que se destinó la partida se ha terminado o ha sido aplazada indefinidamente, y que no existen obligaciones por pagar con aquella partida. Las funciones del control al gasto público se extendían además a los traslados presupuestales que se efectuaran en los ministerios pues, debían reportarse al contralor para que estos fueran efectivos (Ley 34 de 1923).

Otra potestad en cabeza del contralor, era la de refrendar las adquisiciones por compra o fabricación de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de las diferentes dependencias del Estado, las cuales estaban a cargo del Comité de Adquisiciones que se creó con la Ley 109 de 1923. La falta de refrendación, invalidaba el gasto.

Como si esto fuera poco, se le atribuyeron otras potestades en otros campos. Por ejemplo, en la Ley 103 de 1928, se le dieron funciones a la Contraloría relacionadas con los derechos aduaneros al examinar y fenecer provisionalmente las cuentas mensuales que las aduanas debían rendir, pudiendo modificar las liquidaciones de las aduanas y ordenar por este concepto devoluciones o reintegros. También, debía intervenir en la función nominadora de la administración, lo que se ilustra con el registro que debía llevar de los empleados nombrados por el Gobierno Nacional para el manejo de caudales o bienes públicos, registro sin el cual, el nombramiento de dicho funcionario no era efectivo.

Así mismo, fijaba el monto y condiciones de la caución que debían otorgar los empleados o agentes del gobierno y dicho empleado debía esperar la aprobación del órgano de control para

iniciar sus labores y, por último, la Ley 42 de 1923 le otorgó funciones a la Contraloría para el examen y verificación de las entradas y licenciamientos, tanto del Ejército como de la Policía Nacional.

Con todo, en la Ley 58 de 1946, se facultó al Contralor para abstenerse de refrendar giros que ordenen gastos que no estén autorizados por la ley, lo que sujeta la disponibilidad del gasto a que se ajuste a la legalidad y limita también el alcance del control previo.

1.2.2. Prohibición a la Contraloría de ejercer funciones administrativas diferentes a su propia organización

La órbita funcional de la Contraloría era demasiado compleja. Aunque no fue el sentido de la recomendación de Kemmerer con la creación del organismo de control, los legisladores de la época se encargaron de darle una multiplicidad de funciones sin considerar una definición de competencias de fiscalización específicas, lo que fue generando gran inconformismo en las entidades estatales que veían en el actuar del órgano fiscalizador una intromisión irregular.

Esto conllevó a una acción de inconstitucionalidad contra la Ley 42 de 1923 y otras disposiciones, interpuesta por el señor Miguel Díaz Jiménez donde claramente se puede observar en sus planteamientos, la confusión de funciones de la Contraloría y la invasión de la esfera de competencia de otras autoridades públicas a través de varios casos:

(...) el haberse esquivado, en alguna ocasión la Contraloría de facilitar a una Comisión de la Cámara de Representantes los datos o documentos indispensables para llenar su cometido; en segundo término, el haber puesto el veto a la repatriación de los restos de un colombiano ilustre, por ser, en concepto del Contralor, desmedido el gasto, haciendo prevalecer la opinión de éste, conflicto que no era razonable pretender se dirimiera por una de las partes; y en tercer lugar, el caso de una diferencia entre dos empleados judiciales, por razón de un sueldo de vacaciones, disputa que no se llevó ante los Tribunales del Poder Judicial sino ante la autoridad del Contralor;

hechos con los cuales-dice el demandante-que se invaden por este funcionario las esferas de acción correspondientes a' otras entidades oficiales, o sea a los Poderes Legislativo y Judicial.

(Corte Suprema de Justicia, 1933)

La misión Kemmerer volvería al país en 1930 por iniciativa del presidente Enrique Olaya Herrera, para que se recomendara por los expertos, fórmulas para reestructurar los sistemas de crédito público, tributario, administración de aduanas, contabilidad oficial y control fiscal (López, 1998, p. 215). Dicha misión, al evaluar el funcionamiento de la Contraloría desde su creación a ese entonces, enfatizó en la necesidad de limitar el alcance de las funciones de fiscalización para evitar la injerencia en las decisiones de la administración; en la necesidad de propender por la independencia del órgano de control, que cuestionó por la forma de elección del contralor³⁷ y el corto periodo de tiempo establecido para el desempeño de sus funciones, pues dos años no era significativo para desarrollar una labor adecuada de control fiscal, ni se consolidaba ningún plan de trabajo, además de la inseguridad que causaba tanto en sus dependientes como en la ciudadanía en general (Penagos, 1979).

Aunque las recomendaciones efectuadas por Kemmerer no tuvieron éxito como normas en su trámite por el Congreso, posteriormente el legislador le conferiría facultades extraordinarias al presidente de la República para tomar las medidas financieras y económicas indispensables para conjurar la crisis que atravesaba el país; fundamento que se aprovechó, para expedir el Decreto 911 de 1932 que reformó el Departamento de Contraloría en el que se le dio a la entidad la calidad de oficina de contabilidad y de control fiscal y, siguiendo la recomendación

³⁷ Esto le preocupaba tanto a la misión Kemmerer que, hasta sugirió que este funcionario fuera nombrado de una terna que presentara la Junta Directiva del Banco de la República, “para evitar cualquier sospecha de que la política o la amistad personal puedan ser la base determinante de sus nombramientos” (Penagos, 1979, p. 16).

de Kemmerer, se le prohibió a la Contraloría General ejercer funciones administrativas diferentes a las de su propia organización³⁸.

La limitación al ejercicio del control, se consagró en el artículo 36 de la citada norma, en la que se dispuso expresamente que, el contralor al momento de examinar las cuentas y sus soportes, solo emitiría su pronunciamiento sobre el cumplimiento de las formalidades requeridas por la ley que regula los gastos hechos con fondos del Tesoro nacional, sin dictaminar sobre la necesidad de los gastos, ni controvertir aspectos tocantes a la facultad administrativa que, para subvenir a ellos, tenga la autoridad que los haya ordenado.

Estas medidas que fueron acogidas con beneplácito dentro de la administración pública porque impedían que la Contraloría invadiera la órbita funcional del Gobierno y además eran una clara restricción al ejercicio del control previo que no contaba con ninguna limitación y le permitía a la entidad que interfiriera en determinadas actividades. Con esta prohibición se entendió que podía lograrse la armonía entre quienes ejercían la función administrativa y quienes tenían a su cargo la función de fiscalización. A su vez, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 42 de 1923, hizo alusión al artículo 36 del Decreto 911 de 1932, como garantía a la autonomía del Gobierno en su función constitucional, validando el actuar de la Contraloría conforme al cumplimiento de las formalidades legales establecidas para los gastos hechos con recursos del Tesoro nacional (Corte Suprema de Justicia, 1933).

³⁸ El Decreto 911 estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 42 de 1993, sobre organización del control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. La prohibición a la Contraloría de ejercer funciones administrativas diferentes a las propias, se ha elevado a estatus constitucional en los actos legislativos de 1945 y 1968, así como en la Constitución de 1991, con el fin de establecerse como límite al ejercicio de la vigilancia y control fiscal.

1.2.3. La Contraloría General de la República en la Constitución de 1886. Sin independencia ni autonomía

Entrando la década de los años 40, durante el periodo presidencial de Alfonso López Pumarejo, se buscó reorganizar la nación y brindar mayor eficacia a los sistemas de Gobierno. En lo pertinente a la CGR, se consideró necesario elevar a rango constitucional las funciones de vigilancia de la gestión fiscal y la prohibición de la coadministración por la CGR, lo cual se consignó en el Acto Legislativo 01 del 18 de junio de 1945. En este mismo precepto, se determinaron unas atribuciones especiales del contralor general, modificando el artículo 210 de la Constitución de 1886:

Las funciones del contralor general serán determinadas por la ley. Tendrá, además, las siguientes atribuciones especiales:

1. Llevar las cuentas generales de la Nación, inclusive la de la deuda pública interna y externa;
2. Prescribir los métodos de la contabilidad de todas las dependencias nacionales y la manera de rendir cuentas los empleados responsables;
3. Exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal;
4. Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario;
5. Proveer los empleos de su dependencia creados por la ley. (Acto Legislativo 01 de 1945).

Younes (2006, p. 105), hace una diferenciación de órgano de control existente antes del acto legislativo, donde el control fiscal se concebía como una tarea administrativa adscrita al Gobierno y partir de esta reforma dejó de serlo, por lo que considera de gran importancia elevar a precepto constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal a través de la reforma de 1945, porque con ello, se dota de autonomía e independencia el control fiscal y se especializa la función de fiscalización. Sin embargo, esta afirmación no es acertada. Es claro que el control fiscal para que

sea eficiente y eficaz debe ir conexo a la autonomía e independencia del órgano que lo ejerce, pero no era así durante la vigencia de la Constitución de 1886, pues como se expuso en páginas anteriores, aunque se intentaron algunas pautas y estrategias para darle a la CGR, tales atribuciones para el ejercicio de la vigilancia fiscal, fuera a través de pronunciamientos jurisprudenciales o limitando el ejercicio del control para evitar la coadministración, esta siguió adscrita a la rama ejecutiva. Incluso en el mismo acto legislativo se le definió como una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal dentro del Gobierno nacional.

Del mismo modo, en la elección del contralor siempre intervenían las demás ramas del poder público. En este contexto, elevar a la Constitución de 1886 la función de vigilancia fiscal, no fue tan significativo en esencia, porque no tuvo incidencia en aspectos tan fundamentales como la independencia del control y la eliminación del control previo, que ya eran cuestionados en esa época.

En cambio, sí revisten de vital importancia, las modificaciones del artículo 210 de la Constitución de 1886 efectuadas en este acto legislativo, porque precisó el carácter técnico de la vigilancia fiscal, al definir la potestad reglamentaria del contralor general de la República para prescribir los métodos, formas de rendición de cuentas por los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales y su fenecimiento, así como otras atribuciones que le fueron entregadas a la CGR de manera exclusiva.

Lo otro sería el trámite legislativo para reformar la Contraloría. Naranjo (2007, p. 119), refuerza la importancia del contenido constitucional en mención, en razón a este aspecto, pues en el evento de una reforma a la función de vigilancia de los recursos públicos por la Contraloría, implicaba un trámite legislativo más riguroso en cuanto a mayorías, lo que en mínima medida le daba cierta seguridad jurídica a la función fiscal.

Retomando lo relacionado con la falta de independencia del control por parte de la Contraloría, la mayor inconformidad se originaba en que, sin esta facultad, la vigilancia fiscal era proclive al clientelismo y a la corrupción. Esta situación se venía cuestionando desde 1932 y se le atribuía de manera especial, a la forma de elección del contralor, aspecto que aún sigue latente en nuestro ordenamiento jurídico y que, en efecto, incide en la independencia del control.

Vendría entonces el Acto Legislativo 01 de 1968 liderado por Carlos Lleras Restrepo, en el que se modificó la elección y calidades para ser contralor general de la República y se amplió su periodo para el desempeño del cargo. Para que se dedicara única y exclusivamente a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, eliminó la función que tenía de llevar las cuentas generales de la nación, con la finalidad que su competencia fuera exclusiva a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración.

1.2.4. Ley 20 de 1975. El estatuto del control fiscal

Como antecedente de esta norma, deben enunciarse los decretos expedidos en 1968 para la reorganización de la administración pública con el fin de hacerla más eficiente en el cumplimiento de sus funciones. Es así como, a través de los Decretos 1050 y 3130 de 1968, el engranaje estatal adquiere una nueva estructura con nuevas entidades descentralizadas encargadas de desarrollar los planes y programas del Gobierno nacional tales como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Estas instituciones no podían estar exentas del control fiscal. Para estos efectos, se consagró en el artículo 31 del Decreto 1050 de 1968 la obligatoriedad de quienes tuvieran a cargo el recaudo, manejo e inversión de los fondos respectivos, de rendir cuenta comprobada de su gestión de conformidad con los reglamentos que, sobre el particular dicte la CGR.

Empero, el crecimiento del Estado y estas reformas a la administración no se hacían al tiempo con las metodologías de control y dejaban a la CGR con instrumentos anticuados que limitaban el seguimiento adecuado a los bienes y fondos públicos que estas manejaban. Por tanto, el control fiscal quedaba rezagado en la revisión presupuestal y contable de las erogaciones realizadas, convirtiéndolo en un mecanismo ineficiente, ineficaz e inoportuno y en constante tensión sobre la competencia del órgano de control y la naturaleza de estas nuevas entidades que se resistían a la vigilancia fiscal.

Se requería pues, dotar a la Contraloría de instrumentos expeditos y ágiles para la vigilancia de la gestión fiscal y el control a la inversión del gasto público acordes a la nueva estructura del Estado; además, fortalecer el talento humano de la entidad con personal idóneo y técnico, necesario para el ejercicio de la función de fiscalización e implementar la carrera administrativa al interior de la entidad, con el fin de garantizar la estabilidad laboral y fomentar el sentido de pertenencia de su recurso humano. Con ello se solventaban las prácticas adecuadas a la ética y a la moralidad administrativa. Así mismo, darle una organización administrativa a la Contraloría que la hiciera más funcional, descentralizando sus funciones en algunos departamentos y municipios para ampliar el ámbito de vigilancia sobre las entidades que manejaran recursos del Estado (Duque, 1980; Penagos, 1979)

Esta reforma no fue inmediata, solo hasta el Gobierno de Alfonso López Michelsen, en el año 1974, se logró promover una reforma de fondo a la CGR que tocara a los sistemas de control fiscal, las entidades sujetas a vigilancia, los métodos y ordenamientos contables, los aspectos organizacionales de la entidad y la metodología para presentar los informes al Congreso y al Gobierno. Tales disposiciones hicieron parte de la Ley 20 del 28 de abril de 1975, llamado también el Estatuto de Control Fiscal y varios decretos reglamentarios que modificaron y

adicionaron las normas orgánicas de la CGR, fijaron sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal.

La normatividad antedicha, precisó el alcance de la gestión fiscal, los sujetos de vigilancia fiscal y las formas y procedimientos de control aplicables a las dependencias incluidas en el presupuesto nacional, dentro de sus etapas integradas de control previo, control perceptivo y control posterior. Su ejercicio se asignó a los auditores fiscales o los funcionarios designados por el contralor, directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando por las entidades vigiladas.

1.2.4.1. Alcance de la gestión fiscal y formas de control.

Desarrollando la potestad reglamentaria de la Contraloría otorgada por el artículo 60 n.º 2 de la Constitución de 1886³⁹, se dispuso que el control fiscal abarcara toda la actividad del Estado. La Ley 20 de 1975 determinó la competencia de la CGR sobre las entidades o personas que ejercieran gestión fiscal. Inicialmente el artículo 2, establecía que los actos de la gestión fiscal de la administración comprendían aquellos de las entidades o personas que, a cualquier título, recibieran, manejaran o dispusieran de bienes o ingresos de la nación, para procurar su conservación y adecuado rendimiento, en cumplimiento de las leyes y demás reglamentos de las entidades sometidas a la vigilancia de la CGR. Se trataba entonces de un control fiscal integral orientado al seguimiento en el manejo del recurso público a cargo de personas públicas y privadas, incluyéndose las entidades descentralizadas⁴⁰.

³⁹ Constitución de 1886. Artículo 60. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: n.º 2. Prescribir los métodos de la contabilidad de la Administración Nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales.

⁴⁰ Ley 20 de 1975. Artículo 2º. El Contralor General de la República, ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento

La frase del texto original del artículo 2, “a cualquier título” fue declarada inexecutable en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de 1987 por tratarse de una afirmación indefinida⁴¹ que desdibujaba el carácter de permanencia en el manejo de los recursos públicos para lograr sus fines. Por ende, en la frase eliminada, cabía un sinnúmero de personas como gestores fiscales, lo que haría que la función de control no se orientara a quien realmente la detentara.

Por otra parte, además del control previo, se reglamentó el control perceptivo y el control posterior, todos ellos basados en un sistema numérico-legal. Según lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 925 de 1976 el control previo consistía en “examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos”. La jurisprudencia de la época estableció que la evaluación no podía hacerse de manera simultánea con la administración⁴².

En cuanto al control perceptivo, se definía como la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, frente a los comprobantes, documentos, libros y

⁴¹ “Resultaría a todas luces excesivo que el Control Fiscal se ejercerá sobre todas las personas y entidades privadas, sin distinción alguna, aun en aquellos casos en los cuales no cumplen funciones de gestión fiscal propiamente dicha, pues ello significaría extender las atribuciones del Contralor mucho más allá del ámbito específico que le ha señalado la Carta. Esa indefinición de competencia contraria el Estado de Derecho por cuanto es de naturaleza el que estén determinadas previamente por el orden jurídico, las atribuciones de cada funcionario y puesto que es principio tutelar de ese sistema la certeza de los gobernantes sobre el campo de acción de cada autoridad... En consecuencia, una expresión tan amplia como la frase “a cualquier título” implica la posibilidad de vigilancia fiscal no solamente sobre los particulares que ejercen una verdadera gestión fiscal (v. gr: Federación Nacional de Cafeteros) sino también respecto de personas que detentan precariamente dineros o bienes públicos, como es el caso de las obligadas a retener impuestos” (Corte Suprema de Justicia, 1987).

⁴² “El fin señalado por la ley al control fiscal... no exige necesariamente que la vigilancia se extienda a los actos, antecedentes y preparatorios de la decisión misma, sino que debe concretarse a sus resultados; sin perjuicio de que en el análisis de estos se puedan examinar aquellos pasos previos, pero no simultáneamente con el ejercicio de la potestad administrativa correspondiente”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 1977 (Penagos, 1979, p. 135)

demás registros. Este se ejercía de manera concurrente para evitar que se le diera una destinación diferente a los fondos, bienes y elementos que custodien⁴³.

Finalmente, el control posterior, era la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades fiscalizadas y de sus respectivas cuentas y registros, determinando si se ajustaban a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos. Este se ejercía sobre hechos consolidados, revisando en la etapa del examen de cuentas y balances los comprobantes de ingresos y egresos, para establecer si los recaudos se efectuaron debidamente; si los egresos se sujetaron a las respectivas autorizaciones de los directivos, gerencia, dirección o administración; si las obras o servicios se ejecutaron dentro de las condiciones contractuales y, si los documentos que respaldan el egreso estaban legalizados (Penagos, 1979, p. 142).

1.2.4.2. Sujetos de la vigilancia y control fiscal.

La tarea misional de la CGR era la vigilancia de los fondos y bienes de la nación. Por tanto, el seguimiento a estos recursos comprendía a las entidades públicas que hacían parte del presupuesto de la nación, las entidades descentralizadas; los establecimientos públicos, bancarios, aseguradoras, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las organizaciones particulares que manejaran fondos o bienes de la nación, como la Federación Nacional de Cafeteros, el Fondo nacional del Café⁴⁴ y las Cámaras de

⁴³ Penagos (1979), reseñó algunos actos representativos de este tipo de control contenidos en la Resolución Reglamentaria n.º 1771 de 1957 de la Contraloría General de la República, como los arqueos diarios a los fondos de pagaduría, caja, tesorería o aquellos que reposen en poder de algún empleado; verificación de los estados diarios de caja y de los asientos en los libros de primera entrada; visitas sorpresivas a los almacenes o depósitos para efectuar confrontaciones entre el inventario físico y los registros, por el sistema selectivo; intervención directa en el control de los ingresos y egresos en general; inspecciones fiscales en su debida oportunidad y cuando se consideren necesarias (p. 141).

⁴⁴ Según lo dispuesto en la Ley 11 de 1972, las funciones de vigilancia de la CGR sobre la Federación Nacional de Cafeteros se debían hacer a través de sistemas apropiados a la naturaleza de las actividades de agremiación sin que menoscabaran la autonomía administrativa y la naturaleza privada de la misma. La función de vigilancia comprendía la inversión de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café y los demás bienes y fondos oficiales que ésta administrara. Por ende, la Federación debía rendir cuentas periódicas a la CGR sobre la inversión de estos recursos para su revisión y feneamiento.

Comercio. Igualmente, eran sujetos de control las intendencias, comisarias, municipios y corregimientos⁴⁵.

El estatuto de 1975 disponía que la CGR aplicaría un control integral mediante los tres tipos de control a las entidades que hacían parte del presupuesto general de la nación. De hecho, en el Estatuto del presupuesto adoptado por el Decreto 294 de 1973 en su artículo 145, se indicaba que el contralor general de la República debía establecer un sistema de auditoría continua para el control numérico legal de la contabilidad de la nación, para refrendar la constitución de reservas, giros y demás operaciones presupuestales y financieras que requiera la ejecución del presupuesto nacional. Para ello, se le facultó para establecer una oficina permanente de auditoría en la Dirección General del Presupuesto con el personal técnico y administrativo necesario para ello.

El control fiscal dispuesto en la Ley 20 de 1975, no era novedoso para las entidades descentralizadas, ya que se dispuso desde la Ley 151 de 1959 sobre empresas y establecimientos públicos. La nueva normativa se ocupó también del control fiscal a los entes descentralizados, estableciendo el sistema de gestión gubernamental para los establecimientos públicos, el control posterior a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, pudiéndose aplicar el control previo por solicitud de la junta directiva o cuando de las visitas o el examen posterior de cuentas realizado por la Contraloría, se adviertan frecuentes irregularidades (artículos 5 y 20).

En lo tocante a los contratos que fueran celebrados por la nación, las entidades descentralizadas y las demás sujetas a la fiscalización de la Contraloría, se contaba con las

⁴⁵ Ley 10 de 1930, sobre organización fiscal de las intendencias y comisaría. Artículo 5°. La Contraloría General ejercerá en lo sucesivo, por sí o por medio de las Auditorías Seccionales, el control y fiscalización de las rentas y gastos de las Intendencias y Comisarías, para lo cual podrá dictar las disposiciones y reglamentos que estime necesarios en consonancia con esta Ley.

siguientes potestades: designar un representante que asistiera con voz, pero no con voto a las juntas o comités de licitaciones o adquisiciones y de compras. Aunque no tuviera voto, la Contraloría intervenía en el proceso contractual. Si el representante de la entidad de control, encontraba que el proceso contractual adelantado violaba las leyes o menoscababan los intereses de la nación, el trámite no podía seguirse hasta que no se respondieran las observaciones que presentara la Contraloría, si el concepto fuera desfavorable, la entidad debía reestudiar la decisión, rectificarla o confirmarla (Decreto 926 de 1976).

Esta norma estaría vigente hasta la expedición del Decreto 222 de 1983 que dispuso el control posterior para los contratos celebrados por la nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los establecimientos públicos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de económica mixta, donde el Estado posea más del 90 % del capital social⁴⁶.

1.2.4.3. La eterna tensión entre el control fiscal y la autonomía de las entidades descentralizadas.

Las entidades descentralizadas adquirieron mayor fuerza, en tiempos en que más acentuada estuvo la intervención del Estado en razón a las competencias que asumió para la prestación de servicios técnicos y especializados en pro del bienestar de la población y su nivel de vida, desarrollando servicios de carácter económico, industrial y comercial, asimilables a las

⁴⁶ Decreto 222 de 1983, por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Artículo 298. De la intervención de la contraloría en el proceso de contratación. La intervención de la Contraloría General de la República en todo el proceso de contratación a que se refiere este estatuto, se limita exclusivamente al ejercicio de un control posterior que consistirá en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, para verificar si éste se hizo de acuerdo con las normas, leyes y reglamentos establecidos. Parágrafo. Se entiende por control posterior, aquel que se aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control y por lo tanto la Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación como son la elaboración de pliegos de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de contratos.

de los particulares. Luego se dio la colaboración con estos, pues a medida que crecía el Estado, debía buscar recursos en otros sectores para las tareas del servicio público, creando nuevas instituciones que le permitieran integrar el capital privado a la prestación de dichos servicios, evitando a toda costa racionalizar el gasto público y tenerse que solventar a través del decreto de impuestos.

De la estructura del Estado, harían parte entonces, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, las aseguradoras y las entidades financieras. López (2007) agrupa estas entidades dentro del sector semipúblico, pues el Estado procuraba incluirlas como entes descentralizados por servicios con un régimen de gestión y control de derecho público, producto de las recomendaciones que efectuó la misión Currie en la década de los 50 (p. 23).

Frente a este fenómeno, Rodríguez (1995), explica que el surgimiento de los servicios industriales y comerciales, en los que no se diferenciaban las actividades de los particulares y en las surgidas de la colaboración entre particulares y el Estado por su incapacidad de asumirlas, trajeron como consecuencia una gran dificultad para determinar cuáles eran de servicio público y cuáles de carácter privado. En el plano jurídico, esto tuvo serias implicaciones que se transcriben del autor:

(...) de un lado, una penetración del derecho privado en los servicios públicos, pues en los nuevos servicios industriales y comerciales, por ser actividades semejantes a las de los particulares, se le dio prioridad al régimen común. De otro lado, una penetración del derecho público en las actividades de los particulares, pues cuando estos colaboraban en las actividades de servicio público, en alguna medida quedaban sometidos a aquel régimen. (p. 24)

El surgimiento de estas entidades paraestatales, generó un crecimiento del sector descentralizado que terminó siendo un problema dentro de la organización del Estado

colombiano, en cuanto a la “ineficiencia por la burocracia autónoma de ejecución de políticas y... porque se rompe la línea de mando y de responsabilidad frente al presidente y sus ministros” (López, 2007, p. 25). Adicionalmente, las personas del sector privado querían continuar con sus potestades públicas sin desligarse de su carácter de entidad privada cuando de intervención del Estado en su actuar, se trataba, lo cual se logró por parte de los intereses privados más poderosos.

En razón a esto y como una medida de regulación de esta problemática, con la expedición del Decreto 3130 de 1968, se les incluyó dentro del Estado como entidades encargadas de desarrollar los planes y programas del Gobierno central y se estructuró y clasificó cada entidad descentralizada como órganos adscritos o vinculados a los Ministerios o a los Departamentos Administrativos y los hizo sujetos al control fiscal por parte de la CGR.

Desafortunadamente, su ejercicio fue demasiado complejo, pues la resistencia a la vigilancia y control fiscal por parte de estas entidades se fundaba en que, por su naturaleza jurídica, requería cierta autonomía para el desarrollo de sus funciones y el ejercicio del control fiscal, en especial el control previo, según se alegaba, reñía con los fines de aquellas empresas. No obstante, dentro del ordenamiento jurídico se tenía normatividad que definía la calidad de estos entes y su sujeción al control fiscal por parte de Contraloría. Aquí se exponen las normas más importantes:

Como se indicó, la primera disposición sobre entes descentralizados fue la Ley 151 de 1959. Aquí se definieron a las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera fuera la forma de administración adoptada y los hizo parte de la administración pública. Así mismo, determinó que sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público, y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución.

El artículo segundo, estableció que la vigilancia de la gestión fiscal de las empresas y establecimientos públicos descentralizados y de aquellas instituciones y organismos que reciban, manejen o inviertan fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial o cuotas forzosas creadas por la ley, correspondía a la CGR.

Esta reglamentación buscaba incluir bajo la fiscalización de la Contraloría a todos los organismos, sin consideración a su naturaleza jurídica, objeto social o régimen legal, solo teniendo en cuenta el manejo de recursos de la nación. A causa de esto, en el artículo 7 de la Ley 151 de 1959 se conminaba a la Contraloría a adoptar sistemas apropiados para la vigilancia de la gestión fiscal de los entes descentralizados, acordes con el género de las actividades encomendadas acatando la autonomía administrativa de estos.

En consonancia con esta disposición, el artículo 41 del Decreto 3130 de 1968 agregó que dicho control no era oponible a las funciones de vigilancia a cargo de organismos del Estado, como la Superintendencia de Sociedades Anónimas y que, las formas de control que se aplicarían a estos entes no podían desconocer la naturaleza jurídica de estos, respetando su autonomía administrativa.

Pese a contarse con los preceptos descritos, la Contraloría no había logrado reglamentar su control fiscal aplicado a los diferentes estamentos especializados del Estado, ni adecuar sus procedimientos al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado o a las sociedades de economía mixta. Solo hasta la expedición de la Ley 20 de 1975 y sus decretos reglamentarios, se especificaron algunos aspectos para la vigilancia de estos entes, esto es, casi 16 años después y mientras tanto, estos entes surgían de manera vertiginosa. La situación fue advertida en varias sentencias de las Altas Cortes, que conminaron a la Contraloría a establecer

una reglamentación especial, porque no existía una normatividad ajustada a cada ente descentralizado, según su naturaleza y funciones u objeto social.

Entre tanto, la Contraloría aplicaba las normas generales de auditoría o reglamentos que regularan casos similares. Por ejemplo, en la Resolución 1588 del 2 de diciembre de 1961, citada en un pronunciamiento del Consejo de Estado en ese año y que fue expedida para incluir como sujeto de control a la sociedad anónima Acerías Paz del Río, en el parágrafo del artículo 4, se estipuló:

Mientras se adopten sistemas apropiados a la naturaleza de la empresa, para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal a que se refiere esta resolución, el auditor ejercerá sus funciones aplicando por analogía los sistemas vigentes para entidades similares, y en su defecto, normas generales de fiscalización. (Resolución 1588 de 1961)

En otra oportunidad el Consejo de Estado en fallo del 27 de noviembre de 1969, se refirió a la naturaleza jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos, como un organismo técnico de carácter comercial e industrial y conminó a la Contraloría para que su control y vigilancia se adecuara a su índole industrial y comercial, acorde a las actividades que desarrolla y que hiciera expedito y fácil su funcionamiento,

Porque una empresa de la naturaleza de Ecopetrol no puede estar sujeta al control ‘previo’ y ‘perceptivo’, en la forma señalada por la Resolución O0633 de 16 de enero de 1968, como si se tratase de una simple entidad administrativa o de un establecimiento público limitado a la prestación de un determinado servicio... (Consejo de Estado, fallo del 27 de noviembre de 1969)

En este debate también se hicieron partícipes el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia con varios pronunciamientos judiciales importantes, que determinaron qué entidades descentralizadas quedaban sujetas a la vigilancia de la Contraloría y cuáles no; aunque también

se encontró jurisprudencia que fomentaba la ambigüedad jurídica que existía en cuanto a si estos organismos eran o no sujetos de control fiscal.

Por ejemplo, en concepto rendido al Ministerio de Fomento, la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado en 1961, indicó que la finalidad de la Ley 151 de 1959 era unificar el control fiscal sobre todos los dineros del Estado, en el ámbito nacional, entregándolo a la Contraloría General de la Nación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 de la Constitución Política. Por tanto, si una sociedad anónima potencialmente apta para ser empresa de economía mixta, pero su capital tiene origen en dineros directamente públicos o de instituciones del mismo carácter, debía estar sujeta a la vigilancia fiscal de la CGR. A su vez la entidad de control debía adoptar los sistemas apropiados para el ejercicio del control fiscal en estas entidades.

Posteriormente, sin tomar en cuenta la presencia de recursos públicos, sino la naturaleza jurídica de ciertos entes descentralizados, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en un concepto desafortunado, le atribuyó funciones de control fiscal a la Superintendencia Bancaria sobre la Corporación Financiera de Transporte, desconociendo la función exclusiva atribuida a la CGR. Se argumentó que, si bien, la Constitución establecía que la vigilancia de la gestión fiscal de la administración correspondía a la Contraloría General de la República conforme a la ley, este principio es susceptible de excepciones, por la necesidad de adecuar los sistemas de control fiscal a las formas de organización y operación administrativa, fruto de la descentralización por servicios, ya que algunos sistemas y organismos de control fiscal corresponden mejor a la naturaleza de las funciones de los entes descentralizados, en especial cuando actúan en las esferas del derecho privado (Consejo de Estado, Rad. 440 de 1970).

Luego, en un pronunciamiento de 1971, la misma Sala de Consulta reconoció la competencia total y exclusiva de la Contraloría para ejercer la vigilancia de la administración nacional, tanto respecto de sus organismos principales como de las entidades descentralizadas, teniendo en cuenta que manejan fondos o bienes de la nación y no pueden sustraerse de dicho control ninguno de los bienes y recursos ni de los aspectos de su manejo. En este concepto se concluyó que, sobre los organismos principales de la administración nacional, Ministerios, Departamentos Administrativos, hay control fiscal directo, total y exclusivo, ejercido por la CGR, esto es, previo, perceptivo y posterior, sin desconocer la autonomía de los entes descentralizados.

Sobre la gestión fiscal de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado y las sociedades de economía mixta donde el Estado posea el 90 % o más de su capital social, procedía el mismo control, adecuado a la naturaleza de las actividades que desarrollan, cuando no se trata de entidades puramente administrativas, de modo que, en algunos casos solo podía aplicarse el control posterior.

Tratándose de las sociedades de economía mixta en que el Estado tenga menos del 90 % del capital social, no son objeto de control fiscal de la CGR, porque no había gestión fiscal propiamente dicha, quedando sus actividades subordinadas a la vigilancia administrativa de la correspondiente entidad estatal, y subsistiendo el control fiscal solo respecto de la inversión misma en aquellas y el manejo de los títulos representativos de tales aportes, por lo que el auditor o revisor fiscal debía designarse por el procedimiento del artículo 5º de la Ley 151 de 1959.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el inciso segundo del artículo 41 Decreto extraordinario 3130 de 1968, enfatizó en que la autonomía de los entes descentralizados no era total, so pena de constituir un

fraccionamiento de la administración en detrimento de la economía general y de la unidad nacional. Se insistió en que esa autonomía tiene limitaciones constitucionales y legales “porque las funciones del ente descentralizado son funciones del Estado que necesitan un desarrollo armónico con la política general del Gobierno” (Decreto 3130 de 1968).

Frente a los establecimientos de crédito y las compañías de seguros, del orden nacional, independiente de la forma en que se hubieran constituido, estaban sujetas al control fiscal de la CGR, directa o indirectamente, bajo el entendido que ese control debe adecuarse al carácter industrial o comercial, a la naturaleza del mismo y, especialmente, a la reserva o secreto con que la ley protege el desarrollo de sus actividades (abril 25 de 1974)⁴⁷.

Con la expedición de la Ley 20 de 1975, se crearon grandes expectativas en relación con mejorar la forma de auditar a los entes descentralizados. Pero, aunque se establecieron metodologías y se determinó el tipo de control aplicable para cada entidad de acuerdo a su objeto y naturaleza jurídica o porcentaje de participación estatal, la tensión entre la Contraloría y estas entidades por el control fiscal aún sigue latente.

Ha sido una constante de estas entidades excluirse de la vigilancia de la CGR invocando su naturaleza privada y la vulneración a su autonomía en el cumplimiento de sus fines. Además, acorde a lo que indica López (2007), el poder económico de estas entidades les ha permitido

⁴⁷ Las consideraciones expuestas frente a las sociedades de economía mixta y los establecimientos de crédito y compañías de seguro, no fueron por compartidas todos los magistrados. Quienes se apartaron de la decisión sostenían que estas empresas desarrollaban actividades comerciales o industriales y no administrativas, no despliegan gestión fiscal y el Estado tenía la condición de accionista. Tampoco compartían que el control fiscal para las empresas de economía mixta, se ampliara a la verificación del desarrollo de la función social que pretendía el Estado, sino al control de su destinación como lo ordenaba la norma y si de ellos debía provenir una determinada participación de utilidades en favor del Estado aportante, pues eran los actos de los que podía predicarse gestión fiscal. Adicionalmente consideraron que las actividades de las sociedades bancarias y las compañías de seguros ameritaban la aplicación de leyes especiales, concebidas para que puedan desenvolverse hacia sus finalidades propias en la vida comercial y permitirles actividades competitivas con instrumentos iguales a los de los particulares, pero manteniéndolas incorporadas al complejo y directrices generales de una política económica y social. Por ello, se había dispuesto que fuera la Superintendencia Bancaria, organismo especializado de la Administración Nacional y no la Contraloría la que tuviera a su cargo la vigilancia y control de estas entidades.

evadir ciertas reglas del ordenamiento o acomodar algunas a favor de sus intereses, desconociéndose que el control fiscal es integral cuando se trata de la vigilancia de los bienes o fondos de la nación. La situación se dificulta aún más en la actualidad con la multiplicidad de organismos que manejan recursos públicos, en especial, las asociaciones público privadas y las modalidades contractuales especiales que incluyen cláusulas de naturaleza especial adoptadas por tratados comerciales o reglamentación internacional.

1.2.5. Control previo y coadministración. ¿Solamente fueron instrumentos de clientelismo y corrupción?

Aunque no se pueden desconocer los efectos políticos negativos de la función de control fiscal con el control previo, ¿puede decirse que este sistema sirvió solo para fomentar el clientelismo y la corrupción dentro del Estado colombiano?

Para dar respuesta a este interrogante, debe recordarse que, al inicio del Siglo XX, el Estado no tenía un manejo adecuado del presupuesto nacional y, aunque existía una dependencia encargada de la ordenación de todos los gastos del Estado adscrita al Ministerio del Tesoro, era frecuente que estos superaran las apropiaciones presupuestales efectuadas, por lo que las arcas del Estado no eran suficientes para atender las necesidades públicas. Por tanto, como un instrumento de intervención, la implementación de un control rígido al gasto público a cargo del Departamento de la Contraloría era una medida que contribuía a la racionalización y justificación de los gastos públicos (Palacio, 1945, p. 4).

Así que las funciones que se atribuyeron al órgano de control, ayudaban al logro de un equilibrio presupuestal y a salvaguardar los recursos públicos a través de la verificación previa de la legalidad del gasto. Así, se fortalecían las finanzas públicas como medida para recuperar la

imagen y confiabilidad de empresarios extranjeros y garantizar el pago de los empréstitos adquiridos en la época y todo esto, contribuir al crecimiento económico del país.

En este aspecto, Lascarro (1945), consideraba que las actuaciones de la Contraloría a través del control previo integral sobre las apropiaciones presupuestales y sus sistemas de información contables, le permitirían presentar estados financieros anuales y fidedignos útiles al Gobierno para el manejo de las finanzas del Estado (p. 16). Por su parte, Duque (1980), consideraba al control previo como un “control eficaz que colaboraba a la realización de los objetivos propios de la administración dentro de una mutua armonía” (p. 46). Penagos (1970), resaltaba el carácter preventivo del control como un aspecto relevante para evitar que se ejecutaran actos u operaciones administrativas contrarias a los preceptos legales. Para él “un buen estudio previo de las decisiones evitaría errores y despilfarros de los recursos económicos del Estado y, despejaría el campo para el control perceptivo y posterior” (Penagos, 1970, p. 135).

Estas ventajas que traía el control previo, en palabras de autores que escribieron sobre el mismo y en el tiempo que tuvo vigencia, permiten inferir que, el control previo cabía sin conflicto alguno dentro del ordenamiento jurídico y como sistema de control adecuado para el seguimiento a la gestión de quienes manejaban fondos o bienes de la nación.

No sucedía lo mismo con la coadministración. A lo largo de este estudio, se han expuesto las dificultades que tuvieron los organismos existentes con antelación a la creación del Departamento de Contraloría para la fiscalización de los dineros públicos sin interferir en las funciones administrativas a cargo del Gobierno. Antes de la Ley 42 de 1923, la injerencia en las tareas de la administración por parte del operador fiscal, se atribuía a su desconocimiento e inexperiencia, así como a la expedición de múltiples leyes, decretos y reglamentos sobre la hacienda pública, que se prestaban para confusiones entre la función administrativa y la función

de fiscalización y también, a la duplicidad de funciones por parte de órganos creados dentro del Ministerio de Hacienda con funciones similares a las establecidas para los órganos de fiscalización.

Pero a partir de la expedición de dicha norma, este fenómeno se acentuó más. Lascarro (1945), reseña que, dentro del proyecto de ley sobre el Departamento de Contraloría, la misión Kemmerer no tuvo en cuenta a la Oficina Central de Ordenación de Gasto, una dependencia del Ministerio del Tesoro y, tampoco propuso la creación de la Oficina Coordinadora de las actividades presupuestales, como se hizo en los Estados Unidos. Por tanto, desvertebró con esa omisión el control administrativo al interior del propio Gobierno y esta función no podía estar en cabeza de la Contraloría que, en algunos casos la asumía, porque las decisiones inherentes al gasto público no podían ser tomadas por organismos independientes de Gobierno (Lascarro, 1945, p. 16).

En la discusión sobre el ejercicio del control previo y la intromisión en las decisiones de los sujetos vigilados, también se ocuparon las Altas Cortes para zanjar esta tensión entre la función fiscalizadora y la de administración. Tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, se encargaron de establecer una línea interpretativa para precisar que el control previo no se ejercía de manera simultánea con el momento en que la entidad ordena y efectúa el gasto y precisaron en diferentes oportunidades el alcance de la función del control previo sobre las entidades del Estado. Algunos pronunciamientos fueron los siguientes:

1. Diferencia entre función de administración y función de fiscalización.

En Sentencia 1924, la Corte Suprema de Justicia al estudiar la naturaleza jurídica del Departamento de Contraloría, distinguió la función de administración como el gobierno de la cosa pública, ejercido por el presidente de la República y que llega hasta la ejecución de actos de

disposición, diferente a las labores de la Contraloría que consistían en la fiscalización de la administración de modo directo o indirecto, en cumplimiento de las normas legales y constitucionales.

A su vez, la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado, en 1977, indicaba que

Quien controla no debe tener participación alguna en las decisiones del objeto del control, pues dicha participación podría equivaler a administrar y se trataría de una especie de autocontrol; o el control podría degenerar en indebida intromisión, entramamiento o negación de la autonomía del sujeto sometido a su control. (Penagos, 1979, p. 36)

2. la refrendación de los gastos por parte del contralor no menguan la autonomía del gobierno en su función de administración de los fondos o bienes del Estado.

En Sentencia de 1933 la Corte Suprema de Justicia, se refirió a los contenidos de los artículos 1 y 36 del Decreto 911 de 1932, para indicar que las atribuciones al Departamento de Contraloría se reducían a las de una Oficina de Contabilidad y Control Fiscal que no ejercerá funciones administrativas diferentes a las de su propia organización. Por tanto, la autonomía del Gobierno en su función constitucional no se lesiona porque el artículo 36 fija un límite en la función de la Contraloría, ciñéndose solo a la verificación del cumplimiento de las normas que regulan gastos.

Además, como se expuso, la refrendación de gastos solo podía ser objeto de control de legalidad por parte del órgano de control.

3. Oportunidad para el ejercicio del control fiscal previo.

El Consejo de Estado en el Concepto de agosto 4 de 1977, admite que la Contraloría puede revisar los actos previos al acto administrativo fiscalizado, pero eso no se hace de manera simultánea:

Para lograr la finalidad del control fiscal, es decir, que la gestión administrativa al disponer de los bienes o valores garanticen al Estado no solo su conservación y adecuado rendimiento, es evidente que la Contraloría puede examinar aquellos pasos previos, con tal que no se realice en forma simultánea con el ejercicio de la potestad administrativa que le confiere la norma pertinente al proferir el acto ordenador del gasto. (Penagos, 1979, p. 95)

4. Actos que comportan la Gestión Fiscal de la Administración.

Indicó la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Sala Plena del 24 de marzo de 1977, al precisar el límite de competencia de la Contraloría General de la República cuáles actos son los sometidos a su vigilancia y control:

La gestión fiscal de la administración, se inicia con los actos de administración o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público; y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que le hacen parte para el mismo fin que le dio origen, y lo justifica. (Penagos, 1979, p. 96)

Como se ha venido delineando, el control fiscal previo fue útil como instrumento de prevención para el adecuado manejo de los recursos públicos, como un sistema coercitivo para evitar que la malversación de los mismos y como una herramienta que contribuía al mejoramiento de las entidades y al cumplimiento de los fines estatales. Solo que se quedó inerte ante el crecimiento vertiginoso del Estado⁴⁸ y no contó con voluntad política ni legislativa para adecuarlo a los momentos que se vivían en la época y se hizo caso omiso a los efectos negativos

⁴⁸ Para significar lo caducas que eran las normas de control fiscal respecto al crecimiento notable del Estado, según el documento *Finanzas Intergubernamentales en Colombia* elaborado por el DNP en el año 1981, citado por López (2007), “mientras entre 1886 y 1939 se crearon tan sólo 35 entidades y empresas del Estado, lo que equivale a un promedio de siete por década, el número se elevó a 18 en los años 40, 32 en los 50 y 43 en los setenta” (p. 19). En este lapso se expidieron la ley 42 de 1923, de creación de la Contraloría, la ley 151 de 1959, sobre el control fiscal a los establecimientos públicos y la Ley 20 de 1975 que precisó el alcance del control fiscal y el tipo de control a ejercerse.

que generaba el contubernio entre el contralor y el órgano que lo elegía para evitar el clientelismo⁴⁹.

Aunque se dieron esfuerzos significativos desde el punto de vista jurídico para delinear la función fiscal y la función administrativa y evitar que el control ejercido por la CGR, no fuera en coadministración con la entidad vigilada, se hacía necesario excluir de la rama ejecutiva al ente

⁴⁹ Siempre se ha considerado como una de las causas que afecta la independencia en la vigilancia y el control a los recursos públicos, la forma en que se elige el Contralor y esta a su vez, es quizás la modificación estructural más urgente, para mejorar su ejercicio, pero no ha tenido una solución efectiva. Por ejemplo, la segunda misión Kemmerer que visitó nuestro país en 1930 propuso cambiar la elección del Contralor que estaba en manos del presidente de la República, recién expedida la Ley 42 de 1923, por tanto, se aconsejó que su nombramiento se hiciera de una terna presentada por la Junta Directiva del Banco de la República (Penagos, 1979, p. 16). Posteriormente, con la expedición del Decreto 931 de 1932, la elección del Contralor quedó asignada a la Cámara de Representantes, lo que no fue de buen recibo en varios sectores del Estado por el efecto clientelista que esto pudiera tener y más si se tiene en cuenta que, para esa fecha, no existía una carrera administrativa en la Contraloría General de la República. En cambio, Fernández (1946, como se citó en Duque, 1980), reconocía en el nombramiento del Contralor en la Cámara como una garantía al principio de representación, el pueblo eligiendo a quien haya de vigilar sus recursos. Para él, el problema se debía a la “defectuosa cultura política” que nos aquejaba (p. 25). Fue así como en cada proyecto de reforma constitucional que se proponía, surgía la cuestión del nombramiento del Contralor porque ya era evidente la situación de clientelismo aprovechado por la Cámara de Representantes. Duque (1980), cita el informe que presentó la Comisión de Estudios Constitucionales en 1952, para el proyecto de reforma que se gestaba en aquella época y sobre el órgano de control, manifestó la necesidad de modificar la fórmula de elección de Contralor por parte de la Cámara, teniendo en cuenta que esta influía en la forma de ocupar los cargos en el órgano de control, independientemente de la preparación que se tuviera para desempeñar dicho cargo público (p. 28). La ausencia de carrera administrativa al interior de la Contraloría y la inestabilidad laboral de sus funcionarios era un aspecto que favorecía el clientelismo. Por ende, quien quisiera ser electo Contralor negociaba los cargos de la entidad a cambio de votos. No contar con empleos definidos en la ley, también permitía un aumento inusitado de cargos burocráticos que se ocupaban por personal incompetente. Durante la época del Frente Nacional, influencia política en el actuar de la Contraloría General de la República fue mucho más marcada y desató con mayor intensidad la desconfianza y falta de credibilidad ante la gestión de la entidad. Esto obedeció a que, la función fiscalizadora de la Contraloría, le otorgó un papel preponderante que, en palabras de Buitrago y Dávila (1994), la convirtió en un importante eslabón burocrático en la cadena de beneficios de la reproducción bipartidista. Sostienen estos autores: “La Contraloría sirve de mediadora de todas las decisiones que tienen que ver con la esencia que alimenta el sistema. Este hecho la ubica en un papel estratégico sin par, ya que la buena combinación de los beneficios políticos que todas las facciones del bipartidismo obtienen de su injerencia en la administración pública depende de la ‘eficacia’ fiscalizadora, dadas las trabas de los engorrosos trámites derivados de la burocratización del estado, el freno, la demora o la agilización que se obtenga de los auditajes es crucial para el éxito o fracaso de las gestiones políticas susceptibles de obtener provecho electoral” (Buitrago y Dávila, 1994, p. 33). Esta percepción del control previo fue creciendo a medida que se presentaban escándalos de corrupción, sin que fueran advertidos por el órgano de control, dejando de lado los beneficios que pudieran obtenerse con este sistema, lo que se tradujo en una entidad con una abultada planta de personal y una gestión ineficiente en la protección de los recursos públicos. Adicionalmente, no pueden olvidarse los escándalos de corrupción que desprestigiaron aún más la entidad protagonizados por los contralores Julio Enrique Escallón, Contralor 1971-1975, Aníbal Martínez Zuleta, 1975-1982, condenado por apoderarse de dineros de la entidad (El Tiempo, 2014).

fiscal, dotarlo de una verdadera autonomía e independencia y contar con un organismo que detentara una función de control administrativo al interior de las entidades del Estado.

Desde una perspectiva técnica, en los años 80, la Misión de Finanzas Intergubernamentales *Wiesner-Bird*, De acuerdo al DNP (1981), presentó un importante diagnóstico frente a la labor técnica de la Contraloría General de la República. De su estudio se propuso que esta entidad fuera de carácter externo y que el contralor tuviera como profesión contador o administrador; que el control previo se trasladara a la Dirección de Presupuesto, quedando la Contraloría sólo con su función de auditoría; advirtiéndose además la necesidad de implementar modernos sistemas de auditoría financiera para lo cual, el ente de control debía contar con personal calificado y especializado.

Se opinó además sobre el cambio de las auditorías comprensivas (integrales) por auditorías selectivas teniendo en cuenta la relación costo-beneficio del trabajo auditor y que se incluyera en la evaluación de la Contraloría, la del control interno. En el informe, se reprocha el hecho que la Contraloría llevara la contabilidad de la nación y a su vez las auditara, cuestionando la efectividad en la evaluación del gasto público.

Se hacía necesario entonces superar el control numérico legal y avanzar hacia unos sistemas de evaluación que comprendieran la gestión y los resultados de la administración y que, a su vez, contribuyeran de manera efectiva en el mejoramiento de las entidades vigiladas. Ya se estaba hablando de los principios de la gestión fiscal con el fin de medir el actuar de la administración en términos de eficiencia, eficacia y economía y la necesidad de modernizar los mecanismos de control.

Se hablaba además de la necesidad de optimizar los sistemas de información de la Contraloría; de garantizar el perfil técnico y especializado del personal a través de un plan

entrenamiento y capacitación para quienes auditaban las entidades fiscalizadas. Así mismo, que se armonizaran todos los procesos y procedimientos de tal manera que se impartiera una sola instrucción en control fiscal y se incluyeran a todos los sujetos que manejaran recursos públicos.

De otro lado, las nuevas tendencias latinoamericanas de la economía, fruto del Consejo de Washington de 1989 y las exigencias económicas del Fondo Monetario Internacional (FMI), obligaban a Colombia dejar de lado su economía proteccionista fundada en la sustitución de exportaciones para dar paso a la apertura económica y, por ende, modernizar su estructura estatal, política, económica, financiera y fiscal.

1.3. Conclusiones: Una síntesis histórica del control fiscal

Del estudio de los antecedentes históricos del Control Fiscal en Colombia, se tiene que, la República, concretamente entre 1821 y 1922, fue el periodo más relevante en cuanto a las instituciones creadas para la fiscalización de los recursos públicos. En este periodo, la Contaduría General de Hacienda, la Corte de Cuentas, la Oficina de Cuentas se encargaron del sistema numérico legal de la glosa, examen y fenecimiento de cuentas, como metodología para el control a las erogaciones del tesoro y la legalidad del gasto, que resultó insuficiente e inoportuno, para revisar la universalidad de las cuentas, ante un estado insipiente, con instituciones jurídicas y administrativas inestables producto de las constantes guerras y las pugnas políticas entre federalistas y centralistas o entre partidos políticos.

Estas circunstancias facilitaron la implementación del control previo creado a partir de 1923 con el Departamento de Contraloría con el fin de establecer una serie de controles rígidos para un seguimiento minucioso a los dineros públicos a través de la legalidad de las erogaciones públicas que surgió en un momento histórico, coyuntural en nuestra Nación como instrumento de

intervención por parte del gobierno para el manejo de las finanzas públicas. Sin embargo, aunque el control previo cumplía con su cometido, su aplicación se tornó en un obstáculo para las entidades vigiladas pues, se comprometía la imparcialidad y autonomía en el ejercicio del control y se generaba una seria confusión al establecer el límite de la función fiscalizadora y la función administrativa; por lo que, a pesar de tenerse prohibido al órgano de control la función de coadministrar, no le era fácil desligarse de ella, dado que, el control fiscal tenía una incidencia directa en la facultad decisional de las entidades públicas.

Aunado a esta situación, el control previo se tornaba obsoleto para vigilar las entidades descentralizadas que surgían a medida que se reorganizaba el Estado y tampoco estaba a tono con la modernización de la administración pública en Latinoamérica. Además, los hechos de corrupción y clientelismo por la incidencia del ejecutivo y el legislativo en la función fiscal, deslegitimaban el actuar de la Contraloría General de la República.

Por tanto, se presentaron varios diagnósticos para reestructurar el control fiscal en Colombia, fortalecer de manera técnica y especializada a la Contraloría General de la República, establecer un sistema de control fiscal posterior que no incidiera en las decisiones de los sujetos vigilados y que fuera de carácter selectivo a través de técnicas estadísticas. Así mismo, la vigilancia y control fiscal ya no sería solamente numérico legal, sino sobre la gestión y resultados de la administración acorde a los principios de eficiencia, economía y eficacia, lo que se aprovechó en el proceso constituyente de 1991 para elevar a canon constitucional la función pública especializada de control fiscal y la edificación de la Contraloría General como órgano de control.

Segundo Capítulo

El control posterior y la función de advertencia en el sistema de control fiscal de la Constitución Política de 1991

Mecanismos supletorios del control previo

En este capítulo se expone el Control Posterior y Selectivo contenido en la Constitución Política de 1991 y al carácter de órgano de control que el Constituyente Primario le otorgó a la CGR. Sobre el control posterior y selectivo, se estudiarán sus definiciones, sistemas de control estipulados en la Ley 42 de 1993 y los resultados obtenidos en su aplicación a partir de los informes de gestión de la CGR expedidos entre el año 2010 y 2019. Un título analizará detenidamente la función de advertencia que fue una herramienta de vigilancia de la gestión fiscal que, si bien no tuvo definición constitucional, se reguló en virtud de facultades extraordinarias a través del Decreto Ley 267 de 2000. De manera cronológica se estudiarán algunos casos especiales que fueron objeto de advertencia en protección al patrimonio del Estado para ilustrar la utilidad de dicho mecanismo de vigilancia.

En este capítulo reviste gran importancia el estudio de la Sentencia de Constitucionalidad C-103 de 2015 que declaró la inexequibilidad de la función de advertencia. El análisis de la *ratio decidendi* y las falencias que se encontraron en esta investigación, lo que constituirá una primera aproximación a una interpretación constitucional sobre la integralidad de la vigilancia y el control fiscal en procura de la protección del patrimonio público.

2.1. La Constitución de 1991. Presentación del contexto

La crisis económica, política, social y la insostenible situación de orden público que aquejaba a Colombia durante la década de los 80, sirvió de fundamento para la expedición de la Constitución de 1991. Puede decirse que los hechos que la antecedieron configuraron un

“momento constitucional”⁵⁰ que tocó fibras sensibles en una sociedad urgida de cambios sociales y de una transformación del ordenamiento jurídico. Esta vez, se quisieron dejar de lado, los trasplantes normativos, la costumbre reformista de la ley como solución efímera a una problemática de fondo y la expedición de normas a conveniencias de la élite, para buscar un consenso nacional que mostrara un rumbo distinto y esperanzador en lo político, social, económico y administrativo de nuestro país⁵¹.

El triunfo de la séptima papeleta y la ANC fueron producto del ímpetu de una generación atenta, sensible a la crisis nacional y social que, aunada al esfuerzo de partidos políticos y dirigentes de este país, dispuestos –así fuese de manera temporal- a superar las tradiciones politiqueras y clientelistas, anquilosadas en los organismos del Estado, le apostaron a una reforma estructural del modelo de Estado y a la renovación de las instituciones públicas⁵².

Estas afirmaciones se coligen desde la discusión jurídica que antecedió la conformación de la Asamblea Nacional, pues ha de recordarse que no existía disposición legal en la

⁵⁰ El concepto de “momento constitucional” integra la visión dualista de la democracia de Ackerman. Este la distinguía entre el monismo y el dualismo. La primera, se identificaba con el poder otorgado a la autoridad para proferir actos democráticos ordinarios y la dual, con aquellos actos relevantes, ocasionales en los que el pueblo ejercía su soberanía, que se identifican por un acto del pueblo soberano con la participación de diferentes actores de la sociedad, movidos por una fuerza política, social o económica que con lleva a crear un cambio institucional y jurídico trascendental dentro del Estado. Cuando la ciudadanía en un activo compromiso decide que ciertos principios deban ser integrados como básicos a la comunidad, momentos que no necesariamente se dan cuando se tratan reformas constitucionales. Desafortunadamente las falencias que ha tenido nuestra democracia afectada por la falta de alternancia en el poder y por el hiperpresidencialismo de los últimos años, han hecho, que se le preste atención a la teoría de Gramsci, si se tiene en cuenta que, gran parte de los cambios institucionales, políticos y económicos que quedaron en la Constitución del 1991 no han tenido su efecto y se siguen expidiendo normas a favor de la hegemonía política del país (Ackerman, 2015; Herrera y García, 2013).

⁵¹ Fue trascendental en la historia constitucional colombiana, este ejercicio soberano del pueblo a través de diferentes movimientos sociales, académicos, políticos, ejercicio que se materializó también con la elección de los dignatarios de la Asamblea. Un pueblo activo e interesado profundamente en un nuevo rumbo para Colombia, no aquel que define, utiliza y del que abusa el populismo o ese ente *abstracto con poca materialidad* reprochado por algunos autores (Arboleda y Jiménez, 2016). Un acercamiento a la noción de pueblo que identifica el cambio constituyente de 1991, se encontró en el constitucionalismo popular expuesto por Alterio (2016).

⁵² Autores como Carrillo (2011), destacan la fuerza de la ciudadanía en el logro constituyente de 1991 y ello contribuyó a la que los partidos políticos tradicionales no tuvieran tanta relevancia en este logro; lo que evidencia un rasgo más de la teoría de Ackerman en el proceso que conllevó la expedición de la Carta vigente y que, enfatiza Gargarella (2005): “... en definitiva, lo que otorga valor a las normas constitucionales (formalmente adoptadas o no) no tiene que ver con la calidad personal de sus autores, el momento particular en que fueron dictadas, o hechos por el estilo, sino con el extraordinario nivel de acuerdo ciudadano que las respalda” (p. 18).

Constitución de 1886⁵³ que regulara el proceso para su desarrollo. Sin embargo, los Gobiernos de los presidentes Virgilio Barco y Cesar Gaviria, así como la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su competencia, dieron vía libre a la acción del constituyente originario⁵⁴ que, legitimado en una fuerza soberana y política, más que jurídica, dio lugar a la ANC.

Fue evidente el ejercicio de la democracia en este paraje histórico, pues como se manifestó, diferentes sectores de nuestra sociedad hicieron parte del proceso constituyente de 1991. Como explicaba Quinche (2014), una diferencia entre la Carta del 91 y las expedidas en Colombia durante el siglo XIX, es que no la hicieron los militares, ni los políticos de la época, ni los aristócratas de las regiones. Por el contrario, reflejando el consenso nacional,

⁵³ En Auto n.º 003 de 1992, la Corte Constitucional al conocer de la demanda contra la Constitución por haber sido promulgada extemporáneamente, hizo un breve recuento de varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Constitución de 1886 donde se reconocía el poder constituyente. Citó por ejemplo, que en el año 1955, la Corte rechazó la demanda contra los Actos Legislativos n.º 1 de 18 de junio de 1953 y n.º 1 de 30 de julio de 1954, de la ANC, por considerarse carente de competencia, fundando su decisión en que “la guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería un absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del Poder Constituyente, pues tales actos una vez expedido, no pueden ser objeto de revisión por parte de ninguno de los poderes constituidos”. Se mencionó el pronunciamiento judicial frente a la demanda contra algunos decretos que convocaron el plebiscito de 1957, donde la Corte arguyó su falta de competencia para conocer de tales normas tras reconocer que “el poder primario constituyente reside en el pueblo mismo y que el poder previsto en la Constitución es secundario y consecuencia de aquel”, resaltando además que “la Corte Suprema de Justicia es la guardiana de la Constitución Jurídica del Estado y de la validez formal de sus transformaciones, mas no de la Constitución Política de la Nación, cuyas decisiones tienen carácter supra-constitucional y atañen sólo al Constituyente en cuanto define el modo de ser de la Nación al darse o variar su organización política” (Corte Constitucional, Auto 03 de 1992).

⁵⁴ En un primer pronunciamiento frente al Decreto legislativo 927 de 1990 que convocaba al pueblo a una ANC, después de la votación a favor de la séptima papeleta, en Sentencia de Sala Plena, exp. 2149 del 25 de mayo de 1990, MP. Jorge Carreño Luengas, dijo: “En fin, el decreto que se revisa, por una parte ordena a la organización electoral que contabilice los votos sobre la posibilidad de integrar la Asamblea Constitucional, para realizar la reforma de la Constitución, y por otra parte hace una invocación al pueblo para que se manifieste sobre la posibilidad de convocar a una Asamblea Constitucional, lo cual constituye un hecho político que traduce un verdadero mandato de igual naturaleza y sobre el cual la Corte no encuentra ningún reparo de constitucionalidad” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 59 de 1990). Luego, frente al segundo decreto presidencial 1926 de 1990 que convocó a los colombianos a pronunciarse si se convocaba o no a una ANC, en lo que tiene que ver con el poder del constituyente primario, en sentencia de Sala Plena del 9 de octubre de 1990, expresó: “Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos que la reforma constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto del plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Rionegro (1863) para modificarla” (Quinche, 2014, p. 21).

tomaron asiento como constituyentes, personas de muy diversos orígenes: estudiantes, líderes sociales, políticos, miembros de comunidades religiosas, sindicalistas, intelectuales, desmovilizados, indígenas, afrocolombianos y personas de otros sectores, ejercieron una experiencia participativa jamás ensayada en el país. (Quinche, 2014, p. 13)

Además del consenso nacional con el que se superaron las diferencias entre fuerzas políticas y sociales que en décadas anteriores estuvieron enfrentadas, se logró la inclusión de fuerzas sociales que habían tenido una participación débil en el sistema político, destacándose, como lo señala Uprimny (2012), los avances obtenidos en la Constitución del 91 para la democracia participativa y el pluralismo⁵⁵.

Se escribió entonces un trascendental capítulo en la historia colombiana, con la expedición de la Constitución de 1991, en la que se avanzó hacia el humanismo constitucional que cada día adquiría más fuerza en el mundo, producto de los efectos de la Segunda Guerra Mundial. Se trata del neoconstitucionalismo que Prieto (2003) presenta como aquel, donde confluyen el carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución y como suprema jerarquía en el sistema de fuentes; con un amplio contenido de principios y valores para hacerlos efectivos de manera directa por la justicia constitucional.

Jiménez (2021) señala que, aparte de la jerarquía que representa, debe ser una Constitución “que importe y sea trascendente para todas las ramas del derecho y del poder público, lo que hace que se imponga como una norma determinante en los problemas sociales” (p. 58). De igual manera, Uprimny y Rodríguez (2005), le atribuyen a la Carta de 1991 esta

⁵⁵ Mejía (2021), disiente de los autores en cuanto al consenso constituyente, teniendo en cuenta que las mayorías en asamblea constituyente (Liberalismo, Salvación Nacional y el M19) y el Gobierno nacional acordaron no prorrogar el tiempo de deliberación de la ANC y presentaron un texto a plenaria que no podía ser modificado. Este hecho se consideró como un desconocimiento de la soberanía constituyente por adoptarse el texto por mayorías y negociación y no por la lógica de consenso que había primado en todo el proceso. Para el filósofo, la Constitución de 1991, debe entenderse como un mito democrático de Nación, porque integró unos mínimos de modernidad política que la ha enfrentado al autoritarismo tradicional carismático, la imposición y la represión.

fuerza normativa y valorativa agregando su diseño neutro, porque admite cualquier modelo económico para cumplir los fines esenciales del Estado.

Es así como el constituyente de 1991 estableció el Estado social de derecho con el inmenso desafío de acompañar la defensa de los derechos fundamentales, sociales, económicos y colectivos, el respeto a los principios, valores y demás contenidos jurídicos materiales de la Carta Magna, con el modelo económico liberal que también integra el mismo marco constitucional. Colombia se organizó como una República unitaria, descentralizada, democrática, participativa, pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general y consagró los derechos sociales y colectivos como instituciones fundantes para regir los destinos del país.

El constituyente de 1991 elaboró una Carta ambiciosa en los fines esenciales del Estado, prevalente en sus cometidos sociales⁵⁶ frente al Estado de Derecho y así, superar la crisis acaecida en éste como sinónimo de la legalidad abstracta, para incluir la inmediata realización de urgentes tareas sociales, así en la práctica y hasta la fecha, su materialización no ha sido nada pacífica⁵⁷.

⁵⁶ Desde la expedición de la Constitución de 1991, se han establecido nuevas y prioritarias tareas para el Estado, como el reconocimiento a los derechos fundamentales, los sociales y colectivos, así como la prestación efectiva de los servicios públicos, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, tareas en las que debieran estar comprometidas las ramas del poder público, bajo el seguimiento y vigilancia de los órganos de control. Sin embargo, las instituciones políticas y económicas, arraigadas en nuestra nación y que claramente se tipifican como extractivas (Acemoglu y Robinson, 2012), han dificultado la satisfacción de las necesidades básicas, han contribuido al incremento de la pobreza, la falta de una adecuada redistribución del ingreso que, a pesar del establecido Estado social de derecho, han incidido indefectiblemente en el desarrollo y potencial humano de la sociedad, generando una brecha de desigualdad que es uno de los problemas más graves que aqueja a Colombia. La omisión del Estado en la efectividad de los contenidos del Estado social de derecho, se refleja en la actualidad con el pésimo manejo que los estamentos gubernamentales le han dado a la pandemia generada por la COVID-19 por ausencia de políticas públicas en salud para los colombianos y otras que beneficien los sectores económicos más afectados con el aislamiento preventivo. Esto ha impactado de manera negativa los índices de desempleo y pobreza, aumentando el número de personas en condiciones de pobreza (Lora y Mejía, 2021).

⁵⁷ Armonizar los fines esenciales del Estado con el modelo económico, ha gestado en Colombia una marcada discusión ideológica entre quienes defienden la protección de los derechos contenidos en la Constitución y quienes argumentan que este “estado bienestar” determina una política económica diferente que impacta negativamente las arcas del Estado. Quienes defienden los principios del liberalismo clásico que están contenidos en la Carta, abogan por la economía de mercados para lograr el crecimiento económico y tildan a la Corte Constitucional de realizar

Este diseño constitucional, en especial, el establecimiento del Estado social de derecho y el cumplimiento de sus fines, exigía del aparato estatal instituciones diseñadas y fortalecidas para adecuar las nuevas tareas constitucionales. También contar con controles en cabeza de diferentes organismos a través de los órganos de control para limitar el abuso de poder, proteger los derechos fundamentales y vigilar el adecuado manejo de los recursos públicos. Según el contenido constitucional, estarían organizados de manera autónoma e independiente, como el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (Constitución Política de 1991, art. 117).

Las tareas fundamentales establecidas para estos dos órganos de control hacían necesario para el constituyente de 1991 que su estructura fuera separada de las ramas del poder público y con ello alejar las costumbres clientelistas y de corrupción que tanto afectaron a dichos entes mientras estuvo vigente la Constitución de 1991. Pero a su vez, tendrían funciones de colaboración armónica para el cumplimiento de sus fines.

2.1.1. La apuesta constitucional de 1991 por un sistema de control fiscal.

La Constitución Política vigente, trajo consigo el establecimiento del Estado social de derecho, la consagración y reconocimiento de los derechos fundamentales y sociales, las acciones para buscar su protección, la prioridad del gasto público social, la participación ciudadana y los espacios de participación; la consagración constitucional de competencias entre

activismo judicial con sus pronunciamientos (Alviar, 2009; Plazas y Moreno, 2017). Sin embargo, hay que mencionar que, si bien el impacto económico del reconocimiento de los derechos sociales y fundamentales se traduce en un gasto significativo en el presupuesto de la nación, no es la única razón del déficit presupuestal. Deben sumarse a este análisis otros aspectos como los problemas de corrupción y deficiencias importantes en el desempeño de las funciones administrativas de las entidades públicas encargadas de reconocer tales derechos. Por ejemplo, en el caso de la prestación efectiva del derecho a la salud (ya definido y establecido como derecho fundamental), la CGR desde el año 2010 ha identificado, además, la lentitud en el flujo de dinero, los abusos en los recobros, el déficit de los entes pagadores y, la ausencia significativa de una política pública de salud que incluya de manera activa y comprometida a todos los actores. Para el año 2019, el órgano de control evidenció que entre el periodo 2016-2019, las fallas en el flujo de los recursos que han llevado a un sostenido crecimiento de las deudas entre prestadores de los servicios y los administradores de los recursos, causaron gastos por \$40.12 billones frente a ingresos de \$39.45 (Bernal, 2010; CGR, 2019).

los entes territoriales, la definición de los servicios públicos como finalidad social del Estado; un modelo económico, el fortalecimiento del poder judicial y en especial, el equilibrio de poderes a través del sistemas de frenos y contrapesos y órganos de control autónomos e independientes, entre los cuales están el Ministerio Público y la Contraloría General de la Nación.

En lo pertinente al Sistema de Control Fiscal⁵⁸, el constituyente de 1991 modificó significativamente la estructura de la Contraloría General de la República y sus sistemas de control, creó la Auditoría General de la República (AGR), implementó el sistema de control interno y la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública. Respecto a la Contraloría General y su función, Younes (2006), resume las discusiones y ponencias en torno al control fiscal, debatidas en la ANC en la autonomía del control, la naturaleza del ente fiscalizador, sus sistemas de control y su relación con los demás organismos estatales y enfatiza, en la necesidad expuesta por los constituyentes de prescindir del control previo e implementar el control posterior y selectivo, mediante procedimientos técnicos que no fiscalizaran únicamente el gasto sino la gestión y los resultados de las entidades que manejaban recursos de la nación.

En efecto, fruto de las experiencias del pasado, el control fiscal requería un organismo que vigilara la gestión de la administración, el adecuado manejo de los recursos, sin inmiscuirse en las decisiones administrativas de los vigilados y labor que debía desarrollarse de manera autónoma e independiente, ajena de corrupción y clientelismo que afectaba la imagen institucional de la Contraloría. La búsqueda del órgano de control, culminó con erigir a la CGR,

⁵⁸ El Sistema de Control Fiscal (SCF) establecido en la Constitución, se origina en el Capítulo I, Título X de la Constitución, artículos 267 a 274 en los que se regló lo pertinente a las Contralorías, el control que sobre ellas ejerce la Auditoría General de la República, la obligatoriedad de las entidades públicas de aplicar el sistema de control interno y, las formas y sistemas de control social por parte de la ciudadanía a través de las veedurías ciudadanas. Con la expedición del Acto Legislativo 04 de 2019, el sistema de control fiscal tuvo modificaciones importantes destacándose la aplicación de tecnologías de la información como una apuesta para su eficiencia, eficacia y oportunidad en la salvaguarda de los recursos públicos.

cómo un órgano de control encargado de la vigilancia de la gestión fiscal y el control de los resultados de la administración (Constitución Política de 1991, art. 119) y, en definir el control fiscal como una función pública.

Como lo mencionó Younes (2006), quizás el aspecto más relevante en la arquitectura del control fiscal, fue que el constituyente de 1991, aboliera el control previo porque se creía por la mayoría de asambleístas que el control previo durante su ejercicio, fue un elemento obstaculizante de la administración pública y contribuyó a la corrupción estatal, por lo que se determinó un control cuyo ejercicio fuera de manera posterior y selectiva.

Desde la Constitución, se estipuló además que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluyera un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales y, en casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría estaba facultada para ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial⁵⁹.

Así mismo, al implementarse el control de gestión y de resultados como formas de ejercicio del control fiscal⁶⁰, se desplaza al control numérico legal —sin prescindir de él— como

⁵⁹ El artículo 26 de la Ley 42 de 1993, contemplaba que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos: a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales. b) A solicitud de la ciudadanía a través de los mecanismos de participación que establece la ley. Los procesos de responsabilidad fiscal que se deriven de la facultad excepcional debían ser conocidos por la CGR en virtud a la competencia prevalente establecida en el artículo 63 de la Ley 610 de 2000. Así mismo, en Sentencia C-364 de 2001, La Corte consideró ajustada a la constitución la figura del control excepcional. En la actualidad, con el Acto Legislativo 04 de 2019 y el Decreto 403 de 2020 se reguló la intervención funcional de oficio que faculta a la Contraloría General de la República a intervenir en cualquier tiempo en los ejercicios de vigilancia y control fiscal a cargo de las contralorías y la intervención funcional excepcional, en los mismos términos, pero a solicitud del gobernador o alcalde, cuerpo colegiado de carácter territorial y legislativo o las veedurías, entre otros (artículos 18 y 22 del Decreto Ley 403 de 2020).

⁶⁰ Respecto al control de resultados, consultados los informes de ponencia de la ANC, es pertinente destacar que, algunas propuestas no querían este control en manos de la CGR. De hecho, ya lo aplicaba el Ministerio de Hacienda frente al presupuesto (Decreto 294 de 1973) y en ejercicio del control político, la Comisión Legal de Cuentas, con base en la información que le presentara la CGR en la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, así dicho control político no fuera muy efectivo. El Constituyente Jesús Pérez González, insistía en la necesidad que ese

el único elemento de estudio, que incluyen pautas de rendimiento más precisas respecto a la evaluación de la gestión sobre los recursos públicos (Naranjo, 2007).

Por tanto, con el control de resultados se comprende la revisión contable-presupuestal y el apego a la legalidad en el manejo de los dineros públicos (ingresos-gastos), también, a través de los sistemas de auditoría que integran el control posterior y selectivo, se miden los resultados de la administración y de quienes manejen recursos del Estado, en términos de eficiencia, eficacia, economía y valoración de costos ambientales; lo que comprende, entre otras, revisar si las inversiones de los recursos generaron los rendimientos esperados y alcanzaron las metas y proyecciones esperadas; evaluar si el convenio o contrato celebrado desarrolla y ejecuta las políticas públicas plasmadas en los planes de desarrollo de carácter nacional y territorial o, si la asignación y destinación de los recursos logran los objetivos planificados⁶¹.

El control de resultados demandó además la responsabilidad del ente de control de entrenar a su personal en esta nueva forma de control y en los sujetos vigilados, de realizar una planeación estratégica a partir de indicadores de gestión y desempeño para el cumplimiento de

control fuera entregado al Gobierno o al Departamento Nacional de Planeación, pero no a la Contraloría, incluso se consideró la posibilidad de crearse un Departamento Nacional de Control de Resultados. Pérez, consideraba que, el control fiscal era distinto del control de resultados, pues el primero hacía alusión a la consonancia de los gastos con las autorizaciones y disposiciones presupuestales, mientras que el control de resultados tiene relación con las acciones de la administración, a los planes y programas de desarrollo. Además, si se quería tecnicificar a la Contraloría en su función, no podía adscribirsele este tipo de control. La otra propuesta, buscaba un control fiscal integral tanto a las cuentas como a los resultados de la administración y servir de mecanismo de eficiencia en la asignación de los recursos y su erogación. En todo caso, se coincidía en la Asamblea que, establecer el control de resultados era una herramienta técnica para que el país contara con un Estado eficiente y un instrumento válido de moralidad administrativa. Proyecto de acto reformativo de la Constitución presentado por Jacobo Pérez Escobar contenido en *Informe de la sesión de la comisión segunda* del 12 de abril de 1991, Informes de la Comisión Quinta del 18 de abril, 6, 13, 14 de mayo; 17, 20, 30 de junio de 1991. Véase:

<https://observatorio.auditoria.gov.co/ventanas-de-observacion/normas-constitucionales/or%C3%ADgenes-constitucionales>

⁶¹ En la actualidad, el control de resultados del artículo 267 constitucional es una de las herramientas más importantes del control fiscal, porque examina el logro de objetivos a cargo de los sujetos de vigilancia acordes a planes, programas y proyectos adoptados por la administración, las metodologías se quedan cortas para establecer si el actuar público en materia de recursos estatales causó o no impacto o beneficio en la comunidad y cuantificarlo de forma real para efectos fiscales o fines resarcitorios en caso de daño al patrimonio; pues a la fecha, la Contraloría no cuenta con una herramienta que permita evaluar en términos cuantitativos y cualitativos los resultados de la administración en función del interés general.

sus funciones. Lo que se dio a partir del año 1993 con la expedición de la Ley 42 y la expedición de la Ley 152 de 1994.

2.2. El control posterior y la función de advertencia

Para el cumplimiento de su misión constitucional y legal, la vigilancia de la gestión fiscal en la CGR está diferenciada en el nivel macro que comprende “la consolidación de análisis, resultados y situaciones en que se encuentran y desarrollan las finalidades del Estado, tanto a escala general y territorial, como por sectores” (Decreto Ley 267 de 2000, art. 32), y un nivel micro, que se extiende a las entidades que desarrollan sus actividades “con autonomía e independencia dentro del respectivo sector al cual pertenecen para efectos del ejercicio del control fiscal” (Decreto Ley 267 de 2000, art. 31). En el control fiscal micro se aplican todos los sistemas de control establecidos en el artículo 9 de la Ley 42 de 1993 y también la función de advertencia, es aquí donde se ubica esta investigación.

2.2.1. El control posterior y selectivo

El artículo 267 de la Carta consagra que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado en cabeza de la CGR, se hace en forma posterior y selectiva, teniendo en cuenta los principios que rigen la función administrativa⁶², mediante el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Sin duda alguna, el aspecto técnico del control fiscal está ligado a estos sistemas de control y sus metodologías, los cuales fueron desarrollados en la Ley 42 de 1993⁶³ y en las

⁶² La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (Constitución Política de 1991, art. 209).

⁶³ Los artículos 9 a 19 de la Ley 42 de 1993, definen estos sistemas y metodologías. En cuanto al control financiero se tiene que permite establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera; en el de legalidad se comprueba si las operaciones financieras, administrativas y económicas y de otra índole se ajustan a las normas aplicables. El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado. El control de gestión

resoluciones que para el efecto ha expedido el contralor, de acuerdo a la potestad reglamentaria y las atribuciones del contralor establecidas en el artículo 268 de la Constitución n. °1⁶⁴.

El control posterior se definió en el artículo 5 de la Ley 42 como la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos; mientras que el artículo 6, se ocupa del control selectivo e indica que es la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades, por medio del cual que se obtienen conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

En la aplicación del control posterior se deben evaluar el cumplimiento de los cometidos estatales, los principios de la función administrativa y aquellos establecidos para el control fiscal contenidos en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993, que dispone:

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los

evalúa la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos evaluada a través de diferentes indicadores y el control de resultados y en qué medida se cumplen sus objetivos y metas adoptados. En cuanto a la evaluación del control interno, se revisan los sistemas de control de las entidades sujetas a vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos. Estos sistemas de control se agrupan en diferentes modalidades de auditoría, desarrolladas en virtud a la potestad reglamentaria del Contralor General de la República. A diferencia de lo expuesto en el primer capítulo y las dificultades que se tuvieron con la rendición y examen de cuentas, a partir de la expedición de la Ley 42 de 1993 y varias resoluciones de la Contraloría, la sistematización de las metodologías para la revisión y rendición de cuentas, esta se ha consolidado como una herramienta determinante al momento de evaluar las gestión de las entidades vigiladas y en la presentación de los informes al legislativo de competencia de la Contraloría General de la República. En cuanto a la evaluación del control interno, se revisan los sistemas de control de las entidades sujetas a vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos. Estos sistemas de control se agrupan en diferentes modalidades de auditoría, desarrolladas en virtud a la potestad reglamentaria del Contralor General de la República.

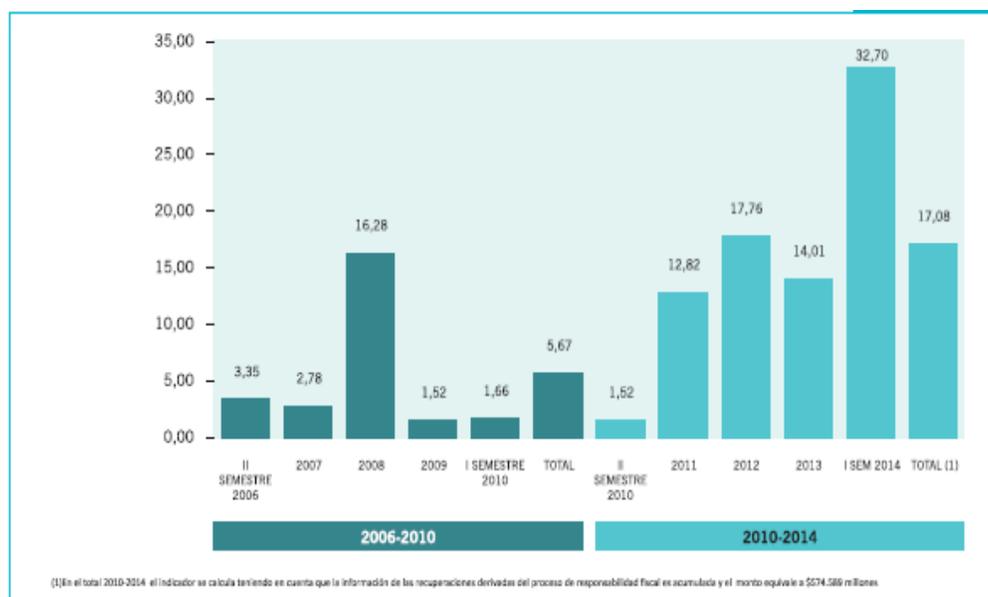
⁶⁴ Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: 1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración. (Ley 42 de 1993, art. 8)⁶⁵

Todos estos preceptos se encuentran desarrollados en varias metodologías y modalidades de auditoría reglamentadas por la CGR, como la auditoría integral, regulada en la Resolución Orgánica 6368 de 2011 y las actuaciones especiales de fiscalización regladas en las Resoluciones 6680 de 2011, 6750 de 2012 y 7130 de 2013. A partir del año 2016 se incorporaron como modalidades de auditoría regular (definidas en el Plan de Vigilancia y Control Fiscal que programa anualmente el CGR), las auditorías de desempeño mediante las Resoluciones 009 de 2016 y 0015 de 2017, la financiera con la Resolución 0012 de 2017 y de cumplimiento adoptada por la Resolución 0014 de 2017.

El seguimiento a los recursos públicos a través del control posterior y selectivo, ha reportado resultados significativos en la recuperación de los recursos estatales. Por ejemplo, entre el periodo comprendido del 1 de septiembre de 2010 al 31 de mayo de 2014, las actuaciones de seguimiento y control comprendieron la suma de \$24.2 billones. Según el *Informe de gestión* elaborado por la CGR para el periodo 2010-2014, representó un incremento relevante de la tasa de retorno de los beneficios de control fiscal, indicador que se tomó de los mismos y el presupuesto ejecutado en cada vigencia.

⁶⁵ Precepto vigente hasta la expedición del Decreto Ley 403 de 2020.



Gráfica 1. Resultados control posterior CGR periodo 2010-2014

Fuente: CGR (2014, p. 7)

Así mismo, se adelantaron 12.620 actuaciones de las cuales 2.400 fueron auditorías a sujetos vigilados donde se percibieron beneficios (recuperación de dineros públicos) por \$7.7 billones. De los beneficios de control fiscal, el sector de infraestructura reportó el mayor valor con \$4.3 billones de pesos, equivalentes al 56.44 % del total, luego el sector de minas y energía con \$2 billones y gestión pública con \$1 billón, equivalente al 13.24 %.

De acuerdo al Informe de gestión correspondiente al año 2018-2019, los resultados del control posterior a través del proceso auditor, de un total de \$706.6 billones susceptibles de auditar por la CGR, se auditaron \$513.1 billones, correspondientes al 72.6 % de los recursos y, de estos recursos, producto de las actuaciones de vigilancia y control fiscal posterior, se reportaron beneficios por \$133.047 millones, equivalente a un 0.03 %. Estas cifras solo comprenden las recuperaciones efectuadas dentro del proceso de auditoría, no se incluyen las reportadas para procesos de responsabilidad fiscal o jurisdicción coactiva.

2.2.2. La función de advertencia

El Decreto Ley 267 de 2000, estableció la función de advertencia, como una herramienta para la vigilancia fiscal que facultó a la Contraloría para, “advertir sobre operaciones o procesos en ejecución, para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados” (art. 5 n.7). La Contraloría se encargó de regular su aplicación y procedencia en la Circular 005 del 21 de junio de 2007.

Dentro de los lineamientos expuestos, la circular definió esta función como un instrumento de “carácter técnico preventivo y proactivo”, mediante el cual, la Contraloría señalaba a la entidad fiscalizada, la existencia de hechos que no ofrecían confianza en su realización y, por tanto, ameritaban la revisión por parte de la administración a fin de evitar un posible daño al patrimonio público. La advertencia, no impedía que, en ejercicio de la vigilancia y control fiscal posterior, se revisaran los hechos así identificados.

Para el órgano de control este instrumento era de suma importancia, pues, ante una conducta del gestor fiscal que afectara la integridad de los recursos del Estado, no podía cruzarse de brazos y esperar a que la situación estuviera consolidada para aplicar el control posterior y buscar su resarcimiento. Por ende, la actuación de vigilancia de la gestión fiscal debía hacerse en tiempo real, en forma técnica y oportuna, no solo con finalidad resarcitoria, sino también de prevenir y reducir los riesgos que pueden menoscabar los bienes y fondos públicos.

En términos de oportunidad, contar con la función de advertencia dentro de las tareas de vigilancia de la Contraloría era relevante y para el efecto, se establecieron varios parámetros para su aplicación con el fin de diferenciarla del control previo y la coadministración. Las siguientes son las directrices que se establecieron para el efecto:

- La función de advertencia era un control previo, por tanto, la Contraloría solo se limitaba después de un debido estudio, a advertir las posibles consecuencias que acarrearía contra el patrimonio público, los procesos adelantados por el gestor fiscal.
- Una vez se conocieran en forma objetiva eventos identificados respecto de operaciones o procesos en curso, que pudieran menoscabar el patrimonio del Estado, se comunicaban de manera oportuna a los responsables, para que en forma autónoma e independiente adoptaran los correctivos que en su criterio ameritaran las mismas.
- Los pronunciamientos producto de la función de advertencia, no podían indicar acciones sobre qué debía o debería hacer la administración o el gestor fiscal para superar o minimizar el riesgo o amenaza, pues ello haría que se entrara en las competencias administrativas del sujeto de control y por ende sería una coadministración, lo cual estaba proscrito del ordenamiento jurídico.
- La función de advertencia no podía adelantarse de manera aislada, sino dentro de las metodologías establecidas por la Contraloría para el proceso auditor y su aplicación era en el momento en que se detectaran los posibles riesgos. En consecuencia, no podía esperarse a la culminación del proceso auditor.
- Su aplicación era de carácter excepcional, procedía en casos relevantes de acuerdo a las “repercusiones que en las actuaciones de la administración se pudieran generar”.
- La función de advertencia solo la podía ejercer el contralor general de la República y los contralores delegados para la vigilancia fiscal. Un gerente departamental, que estimara necesario ante una situación de riesgo al patrimonio, formular una advertencia debía coordinar con los delegados e informar al contralor general o al vicecontralor para su aprobación.

- Su aplicación no implicaba que la entidad receptora debiera acogerse a lo planteado por la Contraloría y a su vez, este trámite no exceptuaba la función fiscalizadora en forma posterior.

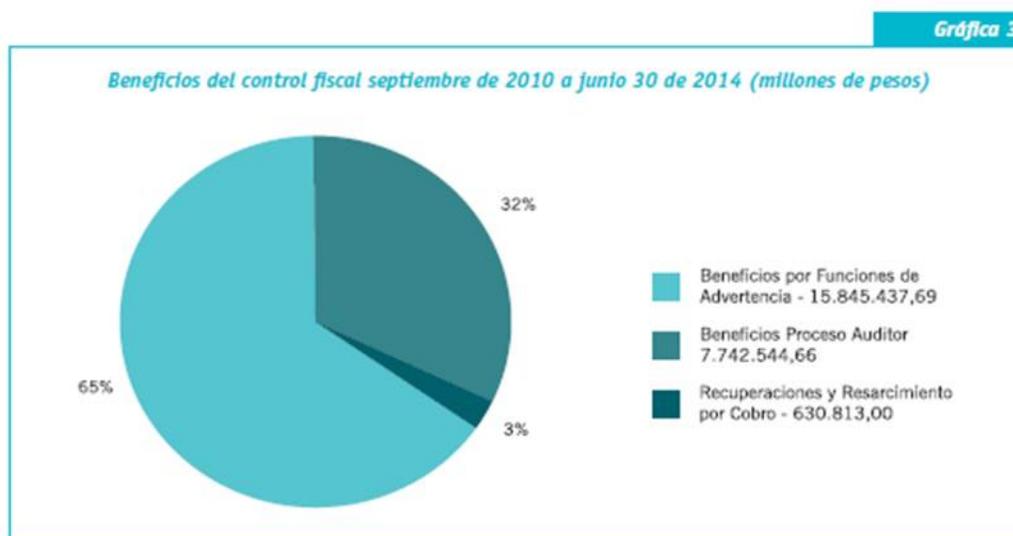
Respecto a este mecanismo, los informes de gestión presentados por la Contraloría han registrado la importancia de esta herramienta en el seguimiento y recuperación de los recursos públicos. Por ejemplo, en el *Informe de gestión* presentado al Congreso de la República por el periodo 2010-2014, concretamente entre septiembre de 2010 y mayo de 2014, se presentaron 1053 funciones de advertencia, que reportaron beneficios por \$15.8 billones y representó el 65 % de las actuaciones de fiscalización de la CGR según las siguientes gráficas:

Actuaciones fiscales de vigilancia y control fiscal Septiembre de 2010 a Mayo 30 de 2014						
Actuaciones de Vigilancia y Control Fiscal	2010 (Sep-Dic 2010)	2011	2012	2013	A mayo 30 de 2014	Total
Auditorías a entes auditados (1,2,3)	66	805	658	558	313	2400
Auditorías a Políticas Públicas					21	21
Funciones Advertencia	53	172	321	271	236	1053
Actuaciones Especiales Resolución 5589 de 2004 (4)	172	3005	1998			5175
Actuaciones Especiales Resolución 6680 de 2012 (5)			190	382	477	1049
Atención de Denuncias por SICA (6)				978	1726	2704
Auditorías o Actuaciones Especiales de Regalías			77	59	82	218
Total	291	3982	3244	2248	2855	12620

(1) Incluye auditorías a Recursos del Orden Nacional Transferidos al Nivel Territorial (SGP, Alumbrado Público y Ley 617)
(2) Para la vigencia 2014 corresponde a lo programado
(3) En la vigencia 2012, La Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción, adelantó la auditoría intersectorial radicada con el número 58012532372 a la "Atención Integral de la Política Pública de Desplazamiento Forzado por la Violencia- Generación de Ingresos- Tierras y Vivienda", realizada de febrero 12 a septiembre 17 de 2012
(4) Estas actuaciones se adelantaron en virtud de la Resolución número 5589 de 2004
(5) Para la vigencia 2014 los datos corresponden a Actuaciones Especiales iniciadas a finales el 2013 y las iniciadas en 2014
(6) Para la vigencia 2014 los datos corresponden a la Atención de denuncias iniciadas a finales 2013 y las iniciadas en el 2014
Fuente: SIIGEP (2010 a 2012) - SICA - Informes Dependencias (2013 a 2014) - SIPAR, ACES (2010 a 2012).

Gráfica 2. Funciones de advertencia formuladas entre 2010 y 2014

Fuente: Tomado de SIIGEP (2010-2021)



Gráfica 3. Porcentaje de beneficios por la función de advertencia

Fuente: CGR (2014)

2.2.2.1. La función de advertencia como instrumento disuasivo y de oportunidad en la recuperación de los recursos públicos. Estudio de caso.

En este título se examinan algunos casos relevantes en los que se hizo uso de la función de advertencia, destacando su oportunidad y pertinencia en la recuperación de recursos del Estado y en especial, en la protección de los recursos naturales y del ambiente. Aquí se revisarán las advertencias más relevantes efectuadas por la CGR entre 2004 y 2015, documentándose la génesis del caso.

Telecom⁶⁶

En el año 2002 con la Ley 790 (27 de diciembre) se otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la República para adelantar el programa de renovación y modernización de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional y garantizar dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la nación el cumplimiento de los fines del Estado.

Al año siguiente, la CGR, a través de la Contraloría Delegada del Sector de Infraestructura Física y Telecomunicaciones, presentó un informe en el que reveló varias falencias en la gestión administrativa, operativa y financiera de Telecom, relacionadas con procesos contractuales, de cartera, sostenibilidad, manejo de pasivo pensional, debilidades de control, la política social, los convenios de asociación a riesgo compartido, los mecanismos regulatorios, el arreglo institucional del sector y el entorno de mercado (CGR, 2006)⁶⁷.

Posteriormente, dentro de las auditorías realizadas por la CGR a Colombia Telecomunicaciones

⁶⁶ Contraloría General de la República (CGR). (9 de junio de 2006). *Telecom. Ganó la transparencia, ganó la Nación*.

⁶⁷ El informe fue elaborado el 31 de enero de 2003, este sustentó en los documentos Conpes 3145 de 2001 y 3184 de 2002, en la Resolución 043 de 1996 de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones (CRT) y un informe que presentó la Superintendencia de Servicios Públicos y que concluyó la inviabilidad de Telecom.

en los años 2004 y 2005, se reportaron varios hallazgos que afectaban la gestión de la empresa y las implicaciones que para esta tenía el crecimiento de la telefonía móvil.

Teniendo en cuenta que el presidente Álvaro Uribe Vélez había manifestado públicamente la búsqueda de un socio estratégico para garantizar la presencia en el mercado de Telecom y que en diferentes medios de comunicación se hablaba de avanzadas negociaciones con Telmex, la CGR envió un escrito al Ministerio de Telecomunicaciones sobre la necesidad de adelantar un proceso de contratación transparente, sujeto a la ley,

Con valoraciones adecuadas de las obligaciones que la empresa tiene para con Telecom en liquidación, sin olvidar el cumplimiento de la responsabilidad social del servicio universal ni las conciliaciones de los contratos de asociación a riesgo compartido⁶⁸.

Sin embargo, en agosto de 2005 se hizo público un memorando de entendimiento entre Colombia Telecomunicaciones y Teléfonos de México, sobre una posible fusión, sin perjuicio que otras empresas pudieran presentar ofertas que serían susceptibles de contraoferta por parte de Telmex. Se indicó que Telecom recibiría una inversión de 350 millones de dólares, unos 90 millones de dólares con acciones de Telmex Colombia S.A., y el resto en efectivo. El memorando no tuvo en cuenta el plan estratégico que debía elaborarse para un eventual proceso de contratación según el Documento Conpes 3374 expedido, relacionado con la sostenibilidad del modelo de gestión de los servicios de telecomunicaciones.

En este contexto, el 30 de agosto de 2005, la CGR formuló una función de advertencia frente a lo estipulado en el memorando de entendimiento, por inconveniente, vulnerar el principio de transparencia y selección objetiva y afectar la organización industrial del sector. La

⁶⁸ Oficio dirigido a Martha Elena Pinto de Hart, ministra de Telecomunicaciones el 9 de agosto de 2005.

advertencia del órgano de control generó que tanto el Ministerio de Comunicaciones como la Junta Directiva de Colombia Telecomunicaciones, manifestaran abstenerse de firmar el acuerdo con Telmex y se suspendiera dicho proceso.

La actuación en este asunto por parte de la CGR culminó con un concepto emitido por la oficina jurídica el 19 de septiembre de 2005 sobre el proyecto de memorando de entendimiento suscrito entre Colombia Telecomunicaciones y Teléfonos de México y sus implicaciones al desconocer los principios de libre competencia, igualdad, imparcialidad, publicidad y gestión fiscal, los cuales dada la naturaleza jurídica de la empresa colombiana le aplican por ser una empresa de servicios públicos de carácter oficial. El pronunciamiento además se hizo sobre algunas cláusulas del memorando que no se pactaron en términos de igualdad para las partes y que afectaban a Colombia Telecomunicaciones y la participación que tendría la empresa mexicana en el espectro electromagnético.

Después de la advertencia y el concepto jurídico emitido por la Contraloría, el Gobierno se apartó del memorando de entendimiento y anunció un proceso de selección mediante subasta para la escogencia del socio estratégico de la compañía, fijándose por la Asamblea de Accionistas de Colombia Telecomunicaciones el valor de precio mínimo de capitalización por el 50 % más una acción de Telecom en \$533.577 millones (US\$233 millones, a una tasa de cambio de 2.289,98 pesos por dólar).

Tras surtirse el proceso de subasta, resultó favorecido Telefónica de España como el socio estratégico “tras ofrecer \$853.577 millones por la mitad más una de las acciones y comprometerse previamente al cumplimiento de las otras obligaciones que rodean la vinculación cumplimiento de las otras obligaciones que rodean la vinculación” (CGR, 2006).

El 7 de abril de 2006, una vez terminado el proceso de subasta, la Contraloría General emitió un comunicado de prensa, mencionando además de varios beneficios surgidos del proceso de subasta, el beneficio de USD 622 millones en este proceso frente al suspendido en agosto de 2005. De acuerdo a los cálculos realizados por el órgano de control, los valores mencionados se dan según la siguiente tabla:

Tabla 1.

Beneficios función de advertencia Telecom año 2006

Comparación entre el MOU y la Subasta
(Millones de dólares de 2006)

Concepto	Ingresos Proceso MOU año 2005 [A]	Ingresos Proceso de Subasta año 2006 [B]	Beneficio Adicional para la Nación [C] = [B] - [A]
Contraprestación para la Nación	2.638	3.180	542
Inyección de Capital	350	373	23
Pasivo Financiero de la Compañía	81	109	28
Honorarios por Administración	- 98	- 69	29
Total	2.971	3.593	622

Fuente: MOU, Términos de Referencia, Proceso de Subasta, MHOP. Estimación CGR.

Fuente: Tomado de Contraloría General de la República (2006)

Contrato de explotación 078 de 1988. Carbones de Colombia-Drummond Ltda.

Frente al Contrato n.º 078 del 24 de agosto de 1988 celebrado entre la estatal Carbones de Colombia (S.A.), hoy Agencia Nacional de Minería (ANM), y la compañía norteamericana Drummond Ltda., para la exploración, construcción, montaje y explotación de un área (inicial) de 9.020 hectáreas de los municipios de la Jagua de Ibirico, Chiriguana y el Paso del departamento del Cesar, la CGR emitió una función de advertencia el 3 de junio de 2007, sobre un posible y grave daño para el patrimonio público de aproximadamente US\$70 millones, por las acciones y omisiones que se han dado en desarrollo del contrato de explotación de carbón; pues

de acuerdo con un estudio adelantado por la Contraloría Delegada para Minas y Energía, la nación no ha recibido la totalidad de ingresos a que tiene derecho por concepto de este contrato.

Según se indicó, siete años atrás a proferirse el documento, se tomaba como precio de referencia para la liquidación de las regalías, el precio de exportación de carbón de El Cerrejón Norte, proyecto del que el Estado fue socio. “Desde entonces, y por iniciativa de INGEOMINAS, se empezaron a liquidar las regalías basándose en el precio de venta de Drummond, que es inferior al internacional” (El Tiempo, 2007). Esta intervención de la CGR logró una renegociación del precio de referencia a favor de la nación del orden de U\$38 millones de dólares (CGR, 2010).

Banco Agrario

Producto de una auditoría adelantada durante el año 2012 al Banco Agrario, se encontró un estado de cartera con plazo de vencimiento a 31 de diciembre de 2010 con 21.641 obligaciones; de las cuales 18.234, equivalentes al 84.25 % con saldo de capital por \$94.245 millones, se encontraban vencidas. Así mismo, se observó el castigo de cartera entre 2003 a 2010 por \$177.517.1 millones. Ante el riesgo de pérdida de recursos públicos y la debilidad de los mecanismos de control interno de la entidad bancaria, se advirtió al banco la necesidad de adoptar las acciones administrativas que considerara pertinentes para la recuperación de los recursos públicos. En proceso de seguimiento, el banco presentó las diferentes acciones de mejora que representaron una recuperación de recursos por \$12.188 millones como resultado de la función de advertencia (CGR, 2014).

Contrato de concesión 086-Cerro Matoso

El 30 de marzo de 1963 se suscribió el contrato de concesión n.º 866 para la exploración y explotación de los yacimientos de níquel en 500 hectáreas del municipio de Montelíbano en

Córdoba. El 22 de julio de 1970 se adiciona el contrato donde se fija un periodo de explotación y procesamiento en 25 años, estableciendo la posibilidad de prórroga por 5 años más. En 1985 y 1986 se pactan con el Gobierno Nacional los parámetros para la liquidación de regalías y en 1996 se acuerda prorrogar en 5 años el periodo de explotación desde el 1 de octubre de 2007 a la misma fecha en el año 2012.

En el mes de noviembre de 2008, la CGR, le envió una función de advertencia a Ingeominas⁶⁹, pues a esa fecha no se había actualizado la estructura de costos para la liquidación de las regalías y continuaba vigente la pactada en los años 1985 y 1986 sobre costos de mercadeo y ventas, gastos generales y administración, primas de seguros, depreciación y amortización de diferidos. En este caso, se desconocían los costos actuales que incluyen el promedio ponderado del precio FOB⁷⁰ en puertos colombianos en el trimestre inmediatamente anterior, descontando el setenta y cinco por ciento (75 %) de los costos de procesamiento en horno, de los costos de manejo, de los costos de transporte y portuarios, según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 141 de 1994. En razón al trámite de advertencia, se reintegró a favor de la nación en el año 2011, la suma de \$35.317 millones de pesos (CGR, 2012).

La siguiente función de advertencia se presentó en el año 2010, dirigida por la CGR, en vigencia del plazo pactado en la adición del contrato 866 de 1963, que había fijado la explotación y procesamiento del contrato original por el término de 25 años y 5 años más y que expiraría el 1 de octubre de 2012. Esta se formuló a Ingeominas en relación con la cláusula del canon de arrendamiento pactado en el Contrato de Exploración y explotación n.º 51-96M entre Cerro Matoso S.A. y el Ministerio de Minas y Energía (MINERALCO S.A.), en el año 1996.

⁶⁹ Contraloría General de la República (CGR). (25 de noviembre de 2008). Función de advertencia por inclusión de costos en cálculo de regalías-Contrato de Concesión 866 de 1963. Oficio 2008EE69901.

⁷⁰ El valor FOB (*Free On Board*) es el valor de la mercancía puesta a bordo de un transporte marítimo.

El documento del ente de control se sustentó en que, el 13 de noviembre de 1996, Cerro Matoso S.A. suscribió con el Ministerio de Minas y Energía y MINERALCO S.A. el contrato de exploración y explotación n.º 51-96M y que en su cláusula décima, se pactó que a la expiración de las Concesiones, MINERALCO S.A. entregaría a Cerro Matoso S.A. a título de arrendamiento por el término en que este los utilice para cumplir sus obligaciones pactadas, todos los bienes muebles e inmuebles que haya revertido a la nación, por lo cual cancelaba a MINERALCO una suma equivalente al 1.25 % semestral de la ganancia neta, después de la provisión para impuesto, obtenida por Cerro Matoso, en el ejercicio social semestral inmediatamente anterior a la fecha de pago, según los estados financieros aprobados en asamblea por sus accionistas. Si los resultados del semestre arrojaban pérdidas, esta suma se promediaba con los del semestre inmediatamente anterior.

Con todo, después de solicitar acogerse al régimen jurídico establecido en la Ley 685 de 2001 y que el Ministerio de Minas le delegara funciones de autoridad minera a Ingeominas, Cerro Matoso S.A. le solicitó a esta entidad prórroga por 30 años para el contrato 866 de 1963, esto es hasta el año 2042.

Con base en este panorama, la Contraloría consideró que la cláusula pactada en 1996 representaba un potencial riesgo para los intereses de la nación, pues se percibirían menores ingresos por concepto de canon de arrendamiento de los bienes y elementos destinados y asociados a la actividad minera (CGR, 2010).

En el año 2012, la CGR, buscó darle alcance a esta función de advertencia⁷¹, después de cuestionar el proceso de negociación de los contratos indicados, puntualizando los hechos que

⁷¹ Contraloría General de la República (CGR). (2 de agosto de 2012). Alcance de función de advertencia del 23 de agosto de 2010 remitida a Ingeominas en desarrollo de funciones delegadas de Autoridad Minera respecto del proceso de negociación de los Contratos de Concesión Minera n.º 866 de 1963 y 1727 de 1970 cuyo titular es la Co. Cerro Matoso S.A. (CMSA). Oficio 2012EE51551.

afectaban los recursos estatales, en cuanto al canon de arrendamiento pactado en función de las utilidades sin tomar el valor real de los activos. El canon así pactado resultaría “extremadamente bajo si se contrasta con el valor real de los activos producidos que sería cubiertos por esta modalidad de arrendamiento”⁷².

Por otro lado, en este documento se recomendó además que las nuevas negociaciones que se estaban adelantando, tuvieran en consideración los hallazgos presentados por la Contraloría frente a la legalidad de la contratación cuestionada, en la interpretación que se hizo de la entrada en vigencia del nuevo Código Minero en 2001, pues dentro del contrato 051 de 1996, Ingeominas efectuó una adjudicación de un área de concesión adicional (63.184 hectáreas), fuera de los términos establecidos por las normas, desconociendo los trámites que debían llevarse a cabo en cuanto a selección y adjudicación para acceder a las concesiones e incluyéndose modificaciones en las condiciones que inicialmente fueron pactados.

La otra situación que preocupaba a la Contraloría era la forma en que venían liquidándose y pagando las regalías desde la renovación del contrato en 2007, dado que a 2012, no se había establecido el precio de referencia del mineral a boca de mina para su cálculo; por tanto, no había

⁷² Sobre este punto, la CGR, en el *Informe del Estado de los Recursos Naturales y del Ambiente 2011-2012*, explicó: “Si el 1 de octubre del presente año no se ha prorrogado el contrato 866, todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos por la empresa Cerro Matoso S.A. revertirán al Estado. Pero esta empresa tiene el derecho a que se le arrienden estos bienes para continuar la explotación y procesamiento de níquel, pagando un porcentaje del valor de las utilidades, después de descontar el pago de los impuestos. Esto significa que, dado una tasa de impuesto a la renta del 33% sobre utilidades antes de impuestos, este canon terminaría representado apenas un 0,84% de estas últimas utilidades. Es decir, el pago de este canon equivaldría a que, en lugar de pagar un impuesto del 33% sobre utilidades, terminaría la empresa pagando el equivalente al 33,84% de dichas utilidades. Para ilustrar las implicaciones de este acuerdo, de gran beneficio para la empresa y de alto costo patrimonial para el Estado, basta señalar en términos hipotéticos cuáles hubieran sido los resultados si este acuerdo hubiese regido durante el año fiscal 2011. Según la Superintendencia de Sociedades, durante este año la empresa Cerro Matoso S.A. declaró utilidades, después de la reserva para impuestos, de \$134.516 millones anuales. Según este valor, el canon de arrendamiento a pagar al Estado hubiese sido de \$16.825 millones durante dicho año. Pero para ese mismo año la empresa declaró un valor en libros de los activos correspondientes a plantas y equipos por \$1,43 billones. Esto significa que, sin contar otros activos que también deberían revertirse al Estado, el canon de arrendamiento que hubiese pagado Cerro Matoso S.A. equivaldría únicamente a un 0,12% del valor de dichos activos. Un costo de oportunidad claramente insignificante como canon de arrendamiento, para cualquier activo productivo en la economía colombiana” (CGR, 2012).

forma de determinar un precio de manera precisa y realizar las proyecciones económicas del contrato.

Se cuestionaba también las condiciones ambientales derivadas de la ejecución de los contratos de concesión, ya que Cerro Matoso debía aplicar las medidas de compensación de los impactos ambientales negativos ocasionados a las comunidades y al medio ambiente, en especial, la recuperación, preservación, conservación y vigilancia de las cuencas hidrográficas que alimentan la respectiva fuente hídrica de acuerdo a lo dispuesto en el Ley 99 de 1993 y los decretos 1220 de 2005 y 2820 de 2010.

En ese mismo año, el órgano de control advirtió al Ministerio del Medio Ambiente, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y al Ministerio de Minas y Energía, los riesgos para los recursos y bienes públicos al continuar con la explotación con Cerro Matoso S.A. sin una licencia ambiental que amparara de forma integral las actividades de explotación correspondientes al contrato de concesión 051-96M.

En este documento se hizo mayor énfasis en la falta de seguimiento y control por parte de las entidades de ambientales institucionales que han tenido a su cargo funciones de prevención, mitigación, corrección y compensación del impacto ambiental derivado de la actividad de explotación de Cerro Matoso S.A. Los riesgos que se expusieron se resumen los siguientes:

1. Deficiencias del Estudio Ambiental para la licencia concedida por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge (CVS). Desde su elaboración, en 1981, no se tuvieron indicadores precisos y específicos para revisar los compromisos adquiridos en materia ambiental, respecto a “la variación de las características físicas, químicas,

bacteriológicas del agua, de la calidad del aire y de la reconfiguración geomorfológica del área por efecto de la ejecución del proyecto”⁷³

2. La explotación y usufructo de los bienes públicos por parte de Cerro Matoso, no se hicieron en condiciones que garantizaran, el manejo, prevención, control y mitigación de los impactos ambientales asociados y así fue autorizada la licencia ambiental por parte de la autoridad ambiental competente. La Contraloría mencionó además que Cerro Matoso S.A. (CMSA), no contaba con una red de monitoreo de variables hidrometeorológicas para “ajustar los modelos de comportamiento de caudales de las corrientes hídricas directamente afectadas, ni de las calidades de los recursos hídricos y atmosféricos” (oficio 2012EE0085413, p. 3). Tampoco existían medidas de aislamiento de las áreas en las cuales se depositaban los residuos mineros y escorias, ni caracterizaciones geoquímicas periódicas de los mismos, que permitan mitigar la posible afectación de los acuíferos ni de las corrientes hídricas superficiales.

3. Las labores de seguimiento y control por parte de la autoridad ambiental, en la actualidad la ANLA, se hacían con base en documentos sobre evaluación y manejo ambiental que no estaban vigentes por decaimiento en el ordenamiento jurídico, pues estos fueron soportados legalmente en el decreto 883 de 1998 que se declaró nulo en Consejo de Estado el 20 de agosto de 1998. Además, el programa de monitoreo y seguimiento no contempla la elaboración de un estudio que permita conocer en detalle las características y propiedades de los acuíferos presentes en el área sobre la cual se depositan y en su zona de influencia.

Tampoco se contaban con estudios sobre las condiciones de calidad del aire, los recursos hídricos superficiales y subterráneos en niveles que aseguren el buen estado de salud de los habitantes de los centros poblados aledaños, por ello, se indicó:

⁷³ Contraloría General de la República (CGR). (14 diciembre de 2012). Función de Advertencia. Contrato de Concesión 051-96M suscrito con la empresa Cerro Matoso. Oficio 2012EE0085413.

Se pueden configurar pasivos sociales por problemáticas de salud pública derivados de la exposición de habitantes a elementos dañinos que se encuentran relacionados en liga íntima con el hierro y el níquel que se constituyen en el objeto de la explotación minera y su posterior transformación en ferroníquel. (CGR, 2012)⁷⁴

4. Los informes de cumplimiento ambiental presentados por Cerro Matoso S.A. carecen de evaluaciones al comportamiento de los indicadores en series históricas de largo plazo, aspecto que de acuerdo a los compromisos adquiridos debe construirse con el fin de evaluar los impactos acumulativos y sinérgicos más que puntuales y aislados.

Respecto a la obligación de acatar la normatividad ambiental vigente, se le indicó que el contrato de concesión 051-96M3, del cual hoy hacen parte las áreas de las concesiones 866 de 1963, 1727 de 1970 habían expirado el 30 de septiembre de 2012, por tanto, debía surtirse el trámite y obtención de licencia ambiental para el desarrollo de actividades de explotación⁷⁵.

Esta advertencia sirvió de fundamento y punto de partida dentro de las actuaciones judiciales adelantadas por las comunidades étnicas ubicadas en el departamento de Córdoba, en los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré contra Cerro Matoso e instituciones estatales como los Ministerios de Ambiente, Minas y Energía, Salud y Protección Social y Vivienda; la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge, la ANLA e Ingeominas.

⁷⁴ En una investigación sobre Minería en Colombia, realizada por Luis Jorge Garay para la CGR se encontró que para 1980 ya existían indicios de contaminación que afectaba la salud pública de los habitantes del sector, por la presencia de manganeso, que había aumentado de 0 ppm a 0,5 ppm de 1971 a marzo de 1980. En dos muestras de agua de la zona minera, se encontraron valores en mercurio por encima de los límites máximos establecidos por la OMS. Así mismo, concentraciones peligrosas de plomo, cadmio y zinc en épocas secas aguas abajo de la mina, sin que se haya dado respuesta a las causas de estos hechos, ni se haya realizado alusión a las repercusiones que se puedan presentar sobre la salud de ecosistemas y comunidades humanas (Garay, 2013).

⁷⁵ La evaluación técnica de las acciones adelantadas por Cerro Matoso S.A. frente a las autorizaciones ambientales, el estudio del impacto ambiental y los mecanismos de control de la autoridad nacional de licencias ambientales, está contenido en el *Informe de Actuación Especial de Fiscalización* realizado por la Contraloría en el mes de enero de 2013.

En Sentencia de T-733 de 2017⁷⁶, la Corte Constitucional les tuteló a estas comunidades los derechos a la salud, goce de un ambiente sano y consulta previa, entre otras decisiones donde conminó a diferentes actores estatales adelantar acciones a favor de estas comunidades como sujetos de especial protección. Una de ellas fue la CGR que realizó una auditoría de seguimiento en el mes de diciembre de 2020, arrojando 17 hallazgos de connotación administrativa y disciplinaria⁷⁷.

En la actualidad, la CGR adelanta un proceso de responsabilidad Cerro Matoso y cuatro exvicepresidentes de la Agencia Nacional de Minería por un detrimento patrimonial de \$619 mil millones por concepto de regalías de níquel dejadas de pagar entre 1982 y 2012 (Dávila, 2020).

La Colosa

Este proyecto está a cargo de la empresa Anglo Gold Ashanti Colombia (AGA), que viene adelantando labores de exploración minera desde 2007 en un área de influencia de 515.75 hectáreas de 4000 que hacen parte de la reserva forestal, creada con la Ley 2 de 1959. En la zona de exploración están las poblaciones de El Diamante, La Paloma, La Luisa y las microcuencas de las quebradas La Colosa y La Arenosa, afluentes de la quebrada La Guala, subcuenca del río Bermellón, cuenca del río Coello, aguas de las que dependen cultivos agrícolas de la región y del país.

El 19 de julio de 2011 con oficio n.º 2011EE54281 la Contraloría envió una función de advertencia a la ministra de Ambiente y Desarrollo Territorial por amenaza al recurso hídrico en la ejecución del proyecto de la Colosa operado por KEDAHDA S.A. hoy Anglo Gold Ashanti

⁷⁶ Por Auto 616 de 2018, la Corte Constitucional decretó la nulidad parcial este pronunciamiento de tutela, por violación al debido proceso, al desconocerse el precedente constitucional relevante en materia de indemnización del daño emergente.

⁷⁷ CGR. (diciembre de 2020) Informe de Auditoría de Cumplimiento de la Sentencia T-733 de 2017 adelantada al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge. CGR-CDMA n.º 030.

Colombia S.A. (AGA) a quien Ingeominas, el otorgó los contratos de concesión Nos. EIG-163 (2581.8312 Has.Mts²), GGF-151 (1831.6222 Has.Mts²) y GLN-09261X (3.6270 Has.Mts²) para la exploración y explotación minera de oro, sus concentrados y demás asociados en el municipio de Cajamarca, departamento del Tolima.

Se planteó que la entidad estatal Ingeominas desconoció el Decreto 2811 de 1974, en lo establecido para las áreas de reserva forestal y su manejo en destinadas solamente al “al aprovechamiento racional permanente de los bosques que en ella existan o que se establezcan”. Así mismo, la estatal desconoció el Decreto 1729 de 2002 frente al equilibrio adecuado entre el aprovechamiento económico de los recursos naturales renovables y la conservación de las cuencas hidrográficas en cuanto a preservación, conservación, protección, prevención del deterioro y su restauración.

Esa posición se basó en la Resolución 427 de 1997 expedida por CORTOLIMA que declaró el agotamiento del recurso hídrico en algunas corrientes de uso público, y en particular sobre el río Coello y sus afluentes, acto administrativo que se basó en estudios y análisis efectuados por el IDEAM y por el mismo CORTOLIMA. A su vez, esta corporación expidió el Acuerdo 032 del 9 de noviembre de 2006 que adoptó el Plan de Ordenamiento y Manejo de la Cuenca Hidrográfica Mayor del río Coello y, luego, el Acuerdo 026 de noviembre 13 de 2007 que se ocupó del uso del suelo de la cuenca en mención y dentro de los cuales tiene campo de acción los títulos de AGA S.A., “estableciendo como uso prohibido del suelo las labores de minería a cielo abierto, en aluviones o simplemente de minería”.

Sin embargo, en el año 2007, CORTOLIMA otorgó concesión de aguas por el término de tres años a la empresa minera en afluentes de las quebradas La Colosa y del río Bermellón mediante la Resolución n.º 1648 de 26 de diciembre de 2007, así mismo otorgó a la Sociedad

Kedahda S.A., hoy Anglo Gold Ashanti Colombia S.A. (AGA), concesión de aguas por un término de tres (3) años para uso minero y doméstico de tres nacederos que se originan en el predio La Cumbre, afluentes de la quebrada La Colosa, quebrada la Arenosa y del río Bermellón. A la fecha de la función de advertencia, estas concesiones se encontraban vencidas.

Con la Resolución 205 de febrero 21 de 2008, CORTOLIMA ordenó a la Sociedad Kedahda S.A. la:

Suspensión inmediata de la actividad de exploración minera llevada a cabo dentro del área de la reserva forestal central en las veredas La Luisa y La Paloma del municipio de Cajamarca en el departamento del Tolima, hasta tanto obtenga la sustracción del área que corresponda de la reserva forestal central.

Con fundamento en estudios elaborados por la Corporación y datos del IDEAM, CORTOLIMA expidió la Resolución n.º 1765 de 20 de abril de 2011, en la que declaró agotado el recurso hídrico superficial que discurre por el área de influencia de la cuenca mayor del río Coello. En ese momento, los informes de la corporación arrojaban que:

El 40% del área del título GGF-151 está ubicado en zona de Páramo, sub-páramo y bosque altoandino (definida por CORTOLIMA como de “Especial Significancia Ambiental” entre otras razones por ser claves en la regulación hidrológica y la conservación de la biodiversidad, y en la cual se encuentra prohibido como uso del suelo la minería a cielo abierto), y que CORTOLIMA según el POMCA-Coello, señala que el área del contrato de concesión del título EIG-163, se encuentra en un 68,1% incluido en la categoría de “Especial Significancia Ambiental” con las restricciones ya mencionadas para la minería. (CGR, 2011, p. 3)

En esta actuación, la CGR hizo mención al accionar del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT), respecto a la investigación que le inició en el año 2008 a AGA S.A. por la realización de actividades de exploración antes de realizarse la

sustracción de la reserva forestal central, solicitud que presentó al Ministerio y que se le concedió a la minera de manera parcial y temporal sobre una superficie de 6.39 hectáreas de la reserva para adelantar los estudios y demás actividades relacionadas con la fase de exploración minera en ejecución de los contratos de concesión n.º EIG-163, GGF-151 y GLN-09261X, suscritos con Ingeominas.

Para la CGR, el MAVDT conocía del otorgamiento de títulos o concesiones mineras que debían ser excluidas de dicha actividad, como los Parques Nacionales Naturales y las Reservas Forestales Protectoras y haber incluido el otorgamiento de títulos en zonas de especial importancia ecológica como son los páramos. Por tanto, insistió en las debilidades de control sobre estas áreas ambientales que permiten que se concedan títulos mineros en desconocimiento la normatividad ambiental.

La Contraloría se refirió además a la ausencia de procesos de “alinderación y sustracción con fines de uso y manejo de sus recursos asociados que atienda todos los elementos técnicos que se definieron desde su declaración por la Ley 2a de 1959” (19 de julio de 2011) y otras sentencias de la Corte Constitucional y que, de presentarse falta de certeza científica sobre la exploración o explotación en zona determinada, debe prevalecer la protección del medio ambiente, pues en caso de daño ambiental es imposible revertir sus consecuencias.

Para la CGR, la firma AGA S.A. no contaba con estudios de caracterización y modelación hidrogeológica del área de influencia directa del proyecto minero,

ni el proceso de beneficio que se llevaría a cabo como ubicación y características posibles de las pilas y piscinas de lixiviados y escombreras, consumos directos del Recurso Hídrico, e incertidumbres sobre los balances hídricos, índices de escasez y de línea base, entre otros.

Hasta tanto no se realice una evaluación cuantitativa objetiva del impacto ambiental del proyecto La Colosa que demuestre que en período seco el sistema es capaz de mantener un Índice de

Escasez (10) bajo del Recurso Hídrico y un Caudal Ecológico suficiente para sostener los atributos y funciones ambientales mínimas necesarias en el área de influencia, cualquier decisión que se tome sobre el proyecto La Colosa y sus posibles consecuencias ambientales y sociales que puedan causar detrimentos en el Patrimonio Natural y Ecológico de la Región serán atribuibles a la inobservancia de la normatividad constitucional y legal vigentes por parte de las Autoridades Competentes. (CGR, 2011)

Estos cuestionamientos fueron refutados por la AGA S.A. por desconocer aspectos técnicos y el hecho que, a esa fecha, la empresa no conocía el tamaño final del yacimiento, la ubicación de la estructura y el consumo de agua (El Tiempo, 2011). No obstante, en el *Informe del Estado de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente* correspondiente a la vigencia 2011-2012 rendido al Congreso, la Contraloría se volvió a referir al tema, teniendo en cuenta el nivel de agentes contaminantes que serían liberados producto de la exploración minera (CGR, 2012, p. 197)⁷⁸.

Páramo de Santurbán

Con oficio 2012EE10724 del 22 de febrero de 2012, la CGR envió una función de advertencia al Ministerio de Ambiente y Desarrollo, la Corporación Autónoma Regional de Norte de Santander y la Corporación Autónoma Regional para la defensa de la Meseta de Bucaramanga, advirtiendo los riesgos ambientales que podían desprenderse de la inscripción en el registro minero y consecuente ejecución del contrato de concesión suscrito con la empresa

⁷⁸ En octubre de 2016, el Tribunal Administrativo del Tolima en ejercicio de una acción popular ordenó la suspensión de toda actividad minera en la zona de influencia de la AGA S.A. y aplicando el principio de precaución, amparó el derecho al goce de un medio ambiente sano y la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. En dicho fallo, se analizó el agotamiento del recurso hídrico afectado por los trabajos de exploración minera y su eventual contaminación. A esa fecha tampoco se tenían los estudios técnicos actuales e imparciales sobre la suficiencia tanto cualitativa como cuantitativa del agua del sector y el nivel de afectación por la exploración y explotación minera. En sentencia del 30 de mayo de 2019, este Tribunal en acción popular declaró como sujeto de derechos los ríos Combeima, Cocora y Coello y ordenó cesar de manera definitiva e inmediata la exploración y explotación minera en estas cuencas.

Leyhat Colombia Sucursal S.A. el cual contiene títulos que se superponen totalmente con el área del Páramo de Santurbán.

En el 2010 la Sociedad Leyhat Colombia Sucursal, recibió en cesión el título minero de licencia 0050-68 de la Sociedad Real Minera Ltda, sobre 24 hectáreas y 5893 metros cuadrados para la explotación de un yacimiento de oro ubicado en jurisdicción del municipio de Vetas del departamento de Santander. En ese mismo año la sociedad solicitó el cambio de título minero de licencia a contrato de concesión y la aprobación de trabajos y obras, por el término de 20 años y 6 meses a partir de la inscripción en el registro nacional minero. En el año 2011, se suscribió el contrato de concesión, pero no pudo ser inscrito en el registro nacional minero, porque el trámite fue devuelto por Ingeominas al encontrarse que había superposición con el Páramo de Santurbán, considerada una zona excluida de minería según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1382 de 2010.

Explica el documento de la Contraloría que, en la precitada norma, se asignó al Instituto de Investigación von Humboldt para identificar los ecosistemas de páramo según la cartografía que se posea; las Corporaciones Autónomas Regionales por su parte, deben delimitar, caracterizar, zonificar y ordenar las zonas de páramo. En cumplimiento de estas funciones mediante la Resolución 0937 del 25 de mayo de 2011, se adoptó de manera oficial la cartografía elaborada y proporcionada por el instituto, pero la corporación competente no realizó el estudio técnico para excluir la minería en la zona del título 050-68.

Frente a esta situación, el Ministerio de Minas y Energía conceptuó sobre la pertinencia de inscribir los títulos mineros en el registro porque las áreas objeto de exclusión no estaban geográficamente delimitadas a partir de estudios técnicos ambientales y sociales. La PGR por su parte, exhortó a las autoridades para realizar los trámites correspondientes con el fin de delimitar

las zonas de páramo excluidas de minería, pero en un documento posterior avaló la posición del Ministerio de Minas y Energía.

Para octubre de 2011 la Corporación Autónoma para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga y el Instituto Alexander von Humboldt se encontraban haciendo el estudio de delimitación del Páramo de Santurbán. Por tanto, la Contraloría consideraba la necesidad de proteger de manera prevalente los recursos naturales no renovables y dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 1382 de 2010 que estaba vigente para la fecha de la advertencia⁷⁹ y contaba con un desarrollo jurisprudencial donde tenía más importancia la protección al medio ambiente⁸⁰.

Sobre este mismo tema, pero en relación con el riesgo por el daño ambiental al ecosistema ubicado en Santurbán, producto de la explotación minera de la empresa Greystar Resources, en el año 2013, la CGR envió una nueva función de advertencia dirigida a Ingeominas y al MAVDT, conminando a determinar el Páramo de Santurbán como área excluida de actividad minera, “en razón de sus características eco-sistémicas únicas, su alta fragilidad, su importancia ecológica y su oferta ambiental. Su papel como regulador del ciclo hidrológico y como fuente del recurso agua a buena parte de las poblaciones del país” (CGR, s.f.).

Advirtió la necesidad de estudio técnico y científico con fundamento legal y jurisprudencial que evalúe el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa Greystar Resources Ltda, para llevar a cabo el Proyecto Angostura, para evitar un daño ecológico irreversible.

⁷⁹ Declarada inexecutable con la Sentencia de la Corte Constitucional, C- 366 de 2011 y diferidos sus efectos por el término de 2 años.

⁸⁰ Para el 2014 solo se había delimitado el 3.4 % de la meta propuesta dentro del PND2010-2014 (CGR- Informe sobre el estado de los recursos naturales y de ambiente 2014-2015). La Sentencia de Tutela T-631 de 2017 de la Corte Constitucional dejó sin efectos, la Resolución 2090 proferida por el MADS que delimitó el páramo de las jurisdicciones de Santurbán y Berlín.

Luego, producto de una auditoría de cumplimiento que adelantó la CGR en el año 2016 al proceso de delimitación de páramos en Colombia, encontró incumplimientos en este proceso por falta de articulación del trabajo entre el Ministerio y las Corporaciones de Santander y Norte de Santander en el proceso de sustitución y reconversión de actividades agropecuarias y mineras en el área delimitada como páramo, así como falta de acciones administrativas para acatar la Sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional⁸¹.

Por otra parte, en diciembre de 2018 se llevó a cabo el *Foro de Control Fiscal Participativo a la delimitación del Páramo de Santurbán* donde el Gobierno nacional se comprometió a acatar lo dispuesto por la Corte Constitucional para realizar la delimitación del páramo (CGR, 2018).

Como pudo verse, las actuaciones de advertencia anteriormente expuestas, revelan el ámbito de aplicación de la función, su pertinencia y actuar oportuno en la protección del patrimonio y el propósito de recuperación de los dineros públicos, como sucedió con el caso Telecom, Banco Agrario y Drummond.

De manera específica se seleccionaron las actuaciones de advertencia relacionadas con la protección de los recursos naturales que evidenciaron también los graves riesgos a los que se expone a la población por el accionar estatal en sus políticas mineras; teniendo en cuenta que, además del riesgo de daño patrimonial a los recursos públicos, resultan comprometidos derechos fundamentales a la vida, la salud, el bienestar y el derecho al goce de un ambiente sano de quienes habitan en el entorno de los sitios de explotación y exploración minera, así como la

⁸¹ La Corte conminó a la autoridad competente a concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde se definirían las áreas de reserva minera y que las mismas sean compatibles con los respectivos planes de ordenamiento territorial, entre otros aspectos (Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016).

participación ciudadana, teniendo en cuenta la exigibilidad de la consulta previa para tomar decisiones frente a proyectos, obras o actividades en su territorio.

Estas materias son sensibles a la ciudadanía y le afectan de manera directa, por tanto, el actuar oportuno del organismo fiscalizador en estos asuntos lo acercaban más a la comunidad, generando confianza ciudadana, lo que constituía un valor agregado al seguimiento por parte de la entidad de control fiscal a las políticas públicas ambientales impartidas por el Gobierno dentro del Plan Nacional de Desarrollo.

Adicionalmente, aún se dificulta a la Contraloría determinar en términos cuantitativos y cualitativos el impacto que la explotación de los recursos naturales representa en el patrimonio público. Por tanto, la función de advertencia, si bien, no estaba diseñada para cuantificar este aspecto, sí suplía en cierto grado este vacío en la fiscalización de los recursos naturales y del ambiente.

2.2.2.2. La Sentencia C-103 de 2015 y la inexequibilidad de la función de advertencia.

En el año 2015, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-103 mediante la cual, declaró inexequible la función de advertencia, impidiendo a la Contraloría indicar a las entidades vigiladas las operaciones o procesos en ejecución, que pudieran generar graves riesgos para el patrimonio público, pues consideró que este mecanismo configuraba un control previo y de coadministración. La corporación alegó que la función de advertencia suponía una intervención previa a la toma de decisiones de los sujetos vigilados, pues las características que le endilga la CGR a la función de advertencia en la Circular 05 de 2007, representan formas de intervención, es decir, “algún tipo de interacción con los procesos y operaciones que desarrolla la entidad sometida a control” (Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015).

Del fallo de inexecutable, se infería lo siguiente: si el control de advertencia comportaba un control previo, este no sería entonces tan lesivo para las entidades como se ha pretendido mostrar, pues la función de advertencia generó resultados significativos en la protección y recuperación de los recursos públicos, figura que coadyuvaba en los procesos de mejora continua de la gestión pública.

De igual manera, la eliminación del ordenamiento jurídico de la función de advertencia, incidía en la vigilancia y control oportuno de los recursos estatales, ya que, si en su aplicación del ejercicio fiscal, la CGR encontraba que determinada situación en ejecución generaba un grave riesgo de daño al patrimonio público, esta debía atenerse a que la misma se consolidara para poder ejercer su función de vigilancia de manera posterior.

Con base en lo anterior, si durante la ejecución de aquellos contratos cuya ejecución tiene una duración prolongada en tiempo, como el caso de los contratos de concesión, se advirtiera un grave riesgo de daño al patrimonio público, la entidad solo podía verificar los trámites administrativos de legalización de contratos y atenerse a su terminación para realizar una evaluación integral en los momentos establecidos en el artículo 65 de la ley 80 de 1993⁸².

Así mismo, al considerarse esta función como un control previo, se afectaba el actuar del órgano de control, porque al equiparar estos dos mecanismos, se desdibujaba el límite y alcance de la vigilancia de la gestión fiscal, pues otras modalidades de auditoría que se aplican, como las

⁸² Artículo 65. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales. Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El control previo administrativo de los contratos corresponde a las oficinas de control interno. Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores de cualquier orden.

auditorías de seguimiento, serían control previo, generando un riesgo para la función misional constitucional de la Contraloría.

Por citar algunos ejemplos, sería control previo las actuaciones especiales de seguimiento y fiscalización que en los dos últimos periodos han generado resultados significativos en la función misional de la CGR por tratarse de un seguimiento en tiempo real a los recursos del Estado. Tales actuaciones especiales de seguimiento se regularon en la Resolución 6680 de 2012 expedida por la CGR que comprenden un examen continuo y sistemático sobre el avance y el logro de objetivos de una política, programa o proyecto, cuyo objeto según el artículo 11, es:

determinar el modo como están siendo implementados; implica la recolección y análisis permanente de información útil para tomar decisiones de vigilancia y control fiscal, durante la implementación de la política, programa o proyecto, con base en la comparación entre los resultados esperados y el Estado de avance de los mismos. (CGR, resolución orgánica 6680 de 2012)

Otro asunto es que el Estado ejecuta determinadas políticas públicas cuyo seguimiento debe hacerse en tiempo real para establecer la calidad en la prestación de los servicios en función del mejoramiento de la calidad de vida de los beneficiarios. En el segundo semestre del año 2016 y bajo la modalidad de auditorías de seguimiento, la CGR, evaluó la ejecución de los recursos del Plan de Alimentación Escolar que contó durante esa vigencia con una inversión por parte de la nación de recursos superiores a 1.7 billones de pesos. Este ejercicio trajo como resultado serias irregularidades en la prestación del servicio, en las raciones y su costo, ocasionando serios cuestionamientos y voces de rechazo por las prácticas de corrupción que fueron descubiertas.

Casos como el Plan de Alimentación Escolar (PAE) sugieren que no era viable evaluar un programa de asistencia social o de gestión educativa bajo el criterio del carácter posterior del control fiscal, cuando se requieren verificaciones en tiempo real, como el caso de las raciones

alimenticias que se suministran a los niños o la prestación de servicios de manera efectiva a la población pobre y vulnerable.

A partir de las situaciones expuestas, esta investigación buscó el sentido de la decisión, mediante el estudio de la *ratio decidendi* de la sentencia en cuestión, advirtiendo varias imprecisiones en cuanto a la aplicación de los principios de interpretación constitucionales, respecto a contenidos normativos y, en especial, encontró inconsistencias frente a los pronunciamientos que, sobre la vigilancia y el control fiscal, han sido tejido por la misma Corte. También se encontró desconocimiento de situaciones fácticas producto de la dinámica de la vigilancia y control fiscal.

En lo que sigue, se exponen los argumentos más importantes de la sentencia de inexequibilidad y se contrastan con los resultados de esta investigación.

- *La función de advertencia facultaba a la Contraloría General de la República para intervenir de manera preventiva en la ejecución de los recursos públicos, lo cual implica, una modalidad de control previo sobre la ejecución del gasto.*

A continuación, se resumen los aspectos puntuales normativos y de interpretación, de los que pueden inferirse las notables diferencias entre estos dos mecanismos de control y vigilancia de la gestión fiscal:

Tabla 2.

Distinciones normativas entre el control previo y la función de advertencia

CONTROL PREVIO	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
Una de las funciones de la Contraloría establecidas en la Ley 42 de 1923 fue la de llamar la atención del funcionario cuando a su juicio, se ejecutaban gastos de fondos públicos o uso de propiedades públicas de manera irregular, innecesaria, excesiva o superflua. Esta norma estuvo vigente hasta 19750.	Decreto 267 de 2000. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la CGR: n.º 7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público
De acuerdo al artículo 2 del Decreto 925 de 1976, el control previo ejercido por la Contraloría General de la República en	y ejercer el control posterior sobre los hechos así

CONTROL PREVIO	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
<p>las entidades bajo su fiscalización, consistía en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos. De su aplicación sí se generaban consecuencias para el gestor fiscal, pues del visado de legalidad del gasto de la Contraloría dependía la decisión frente a los recursos públicos.</p>	<p>identificados, sin que esto trajera consigo una consecuencia ineludible de daño o responsabilidad fiscal al gestor fiscal. Aplicación excepcional en casos relevantes de acuerdo a las repercusiones que en las actuaciones de la administración pudieran generar, sin que procediera de forma aislada, sino dentro de las metodologías establecidas por la Contraloría para el proceso auditor y allí se detectarían los posibles riesgos. Circular 5 del 21 de junio de 2007.</p>
<p>El contralor general, al examinar las cuentas y documentos justificativos presentados por la autoridad que los haya ordenado, se limitará a cerciorarse del cumplimiento de las formalidades requeridas por la ley que regula los gastos hechos con fondos del Tesoro nacional. Al contralor general le corresponde dictaminar sobre la necesidad de los gastos, ni suscitar con respecto a ellos discusión alguna tocante a la facultad administrativa que para subvenir a ellos tenga la autoridad que los haya ordenado. Art. 36 Dto 911 de 1932.</p>	
<p>Seguimiento a la ejecución del gasto público. Realizar evaluación, revisión y verificación de todos los actos de la administración activa y pasiva del Tesoro nacional. Ley 42 de 1923.</p>	
<p>Refrendar órdenes de pago, bonos y documentos de deuda pública a cargo del tesoro para su validez.</p>	<p>No aplica</p>
<p>Determinar la forma en que debían invertirse los fondos que recibieran los funcionarios pagadores por órdenes de anticipo para gastos oficiales. Previa solicitud del competente, decidir por escrito respecto al objeto o alcance de apropiación, fondo especial de reserva, aplicación de renta, legalidad de erogación, disposición de propiedad del Gobierno. Ley 42 de 1923.</p>	<p>Los pronunciamientos producto de la función de advertencia, no podían indicar acciones sobre qué debía o debería tomar la administración o el gestor fiscal para superar o minimizar el riesgo o amenaza. Circular 005 del 21 de junio de 2007.</p>
<p>Intervenir en procesos de contratación, certificando disponibilidad de fondos necesarios para su pago. De acuerdo a la Ley 34 de 1923 Transferir en cualquier época del año, el saldo sobrante de una cuenta que hubiere sido apropiada, siempre y cuando se certificara un saldo superior en la actuación correspondiente, también, conocer los traslados presupuestales que se hicieran entre ministerios. Según la ley 109 de 1923, Refrendar adquisiciones por compra o fabricación elementos necesarios para el funcionamiento de las diferentes dependencias del Estado; en la Ley 103 de 1923,</p>	<p>No procede la función de advertencia</p>

CONTROL PREVIO	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
modificar las liquidaciones de aduanas y ordenar reintegros o devoluciones.	
Control posterior a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pero aplicable control previo por solicitud de la junta directiva o cuando de las visitas o el examen posterior de cuentas realizado por la Contraloría, se adviertan frecuentes irregularidades. Art. 20 Ley 20 de 1975.	
A todas las juntas o comités de licitaciones o adquisiciones y de compras, de los organismos de la administración y sus entidades descentralizadas y demás entidades sujetas a fiscalización de la Contraloría General de la República, asistirá un representante del contralor general de la República designado por este o el respectivo auditor, quien intervendrá en las deliberaciones de dichas juntas o comités, con voz, pero sin voto. Sin embargo, tenía facultad para expresar sus observaciones y conceptuar sobre el proceso y someter a consideración de la junta o comité para establecer si se rectifica o se confirma. Art. 5 Dto. 925 de 1976.	
También intervención en la función nominadora de la administración y fijar el monto de caución a cargo de los funcionarios de manejo de dineros públicos. Ley 42 de 1923.	

Fuente: Elaboración propia

Tabla 3.

Criterios interpretativos diferenciadores entre el control previo y la función de advertencia

CRITERIOS	CONTROL PREVIO	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
Diseño del control fiscal	Creación Legal con la Ley 42 de 1923 como un departamento especial de contraloría adscrito al Gobierno nacional. En el AL. 01-1945 se modificó la Constitución de 1886 y se estableció que la vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la CGR. La Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal.	Fundamento Constitucional artículo 119 de la Constitución en la vigilancia de la gestión fiscal. Un nuevo diseño de control posterior y selectivo sobre la gestión y los resultados de quienes manejan el patrimonio público. Creación legal con el Decreto Ley 267 de 2000.
Entidad de fiscalización	Oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal de carácter administrativo del Gobierno nacional.	Órgano de control autónomo e independiente que no hace parte de las ramas del poder público, pero colabora con sus fines.
Tipo de control	Control previo, perceptivo y posterior de carácter numérico legal sobre el gasto público.	No era un tipo de control, hacía parte de la vigilancia de la gestión fiscal, pero se debía aplicar dentro del ejercicio auditor.

CRITERIOS	CONTROL PREVIO	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
Alcance del control	La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. Diferenciación jurisprudencial entre actos de fiscalización y actos de la administración. No estaba organizado el control interno en las entidades.	La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. Procedía solo cuando se advertían graves riesgos de afectación al patrimonio y no podía esperarse al ejercicio auditor. Diferenciación entre control interno, encargado del control previo administrativo y control externo, a cargo de la CGR.
Funcionario competente	Audidores y funcionarios designados por el contralor general de la República.	Contralor general de la República y contralores delegados.
Oportunidad	Permanente. Las entidades debían tener oficinas en sus sedes para la Contraloría.	Excepcional.
Universo de aplicación	Todas las actuaciones de la administración y de quienes tengan a su cargo el manejo de recursos públicos.	Solo ante graves riesgos de afectación al patrimonio.
Impacto en el ente vigilado	Requisito habilitante para la validez de las actuaciones relacionadas con los procesos y operaciones de la administración.	Autonomía en la entidad respecto a la advertencia efectuada, sin perjuicio del ejercicio del control posterior sobre la actuación advertida. Del control podían surgir o no hallazgos fiscales objeto de proceso de responsabilidad fiscal sin que ello indicara que de manera indefectible había un daño o una responsabilidad fiscal.
Diferenciación entre control interno y externo	No había un control interno propiamente dicho. Las labores de control previo administrativo las desarrollaba la Contraloría, por ende, tanto las funciones administrativas como las de fiscalización se confundían en el ente de control.	Creación constitucional y legal del sistema de control interno a cargo del control previo administrativo, diferenciado del control fiscal externo en desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Fuente: Elaboración propia

- *Con la función de advertencia, se vulnera la prohibición a las Contralorías de ejercer funciones administrativas diferentes a las de su propia organización. Aunque ella no entraña la asunción de decisiones administrativas por parte del órgano de control, sí era una forma de intervención en las mismas.*

La Corte determinó esta modalidad de intervención como coadministración, por su capacidad de incidir, modular o disuadir las decisiones o procesos y operaciones que adelantan los sujetos vigilados, teniendo en cuenta, el grado de autoridad, las funciones a cargo del ente que formula la advertencia y los efectos de la misma.

Para Agudo (2018) los verbos mencionados, se acercan más al control que a la vigilancia. Así las cosas, para analizar un supuesto efecto intimidatorio de la función de advertencia, se cita al autor y su obra *La Función Administrativa de Control*, en la que señala varios elementos que son útiles en el presente análisis.

El autor sustenta que el control implica confrontar el objeto de control con los parámetros de referencia establecidos, con el fin de determinar el grado de cumplimiento o satisfacción de los mismos. Por tanto, sus efectos deben analizarse desde varios aspectos: quién controla, qué se controla, cómo se controla, su resultado y las consecuencias.

A su vez, el juicio de control, esto es, la confrontación entre el objeto de control con los parámetros de referencia con el fin de determinar si han sido o no cumplidos, se materializa en una decisión que pueda imponerse o, que al menos, condicione la actuación del sujeto controlado. Por ende, la clave se encuentra en determinar si el juicio de comprobación es *restrictivo* (aplicable y efectivo *per se*, la actividad jurídica de control valida una decisión o actuación) o *instrumental* (la acción de controlar es un instrumento para tomar decisiones o realizar otras actuaciones jurídicas), en el ejercicio de la actividad jurídica.

De acuerdo a lo anterior, Agudo (2018) distingue tres tipos de control: un control cuya funcionalidad está orientada a decidir un caso concreto, que sería un control en sentido amplio; un control estricto, cuya funcionalidad está destinada a corregir irregularidades jurídicas, como el

caso del control jurisdiccional y un control cuya funcionalidad es ajustar o mejorar la ejecución, la gestión o la administración, esto es, un control estratégico-operativo.

Las actuaciones de vigilancia y control fiscal de la Contraloría encajan en el primer y en el tercer tipo, pues sus procedimientos distan de representar un control restrictivo y, por ende, el trámite de coerción y de recuperación o resarcimiento del daño al patrimonio público, para que sea efectivo, amerita de otras actuaciones al interior de la CGR como un proceso de responsabilidad fiscal o de jurisdicción coactiva, con la morosidad que ello acarrea⁸³. Además de la inclusión en el boletín de responsables fiscales, del responsable fiscal, para la sanción al gestor fiscal, el trámite se envía a la Procuraduría o la jurisdicción penal para lo de su competencia.

Así las cosas, los trámites para la efectividad de los montos que se reportan como daño en actuaciones de vigilancia y control, como el proceso auditor, la función de advertencia, los informes de gestión o el trámite de una denuncia, son de naturaleza instrumental. Excepcionalmente, los entes vigilados en estos trámites, realizan reintegros de lo que se les comunica como posible daño patrimonial, que es lo que se conoce como beneficios del control fiscal.

La instrumentalidad que caracteriza a las actuaciones de auditoría o de función de advertencia, se evidencia en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el artículo 271 de la Constitución Política, dispone que los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez

⁸³ Esta es una de las razones por las cuales se da una diferencia relevante entre la cuantificación de un daño que se reporta en la vigilancia y control fiscal y los dineros que se recuperan en proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, pues debe agotarse una actuación procesal posterior para probar y demostrar la existencia de un daño patrimonial, su cuantía, la gestión fiscal del presunto responsable y un nexo causal entre estos. (Ley 610 de 2000 y Decreto Ley 403 de 2020).

competente, precepto al que se le adicionó con el AL04, el proceso de responsabilidad fiscal, para efectos de sanción de la conducta a quien ocasiona o contribuye a la pérdida de recursos estatales.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 610 de 2000, expresa que los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de Ley. Aunque la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal es eminentemente resarcitoria del patrimonio del Estado, debe acudir al trámite coactivo para hacer efectivo el fallo de responsabilidad fiscal contra los responsables y el garante (Congreso de la República, Ley 610 de 2000). Y, finalmente, se le ha atribuido connotación instrumental al proceso de responsabilidad, al incluirse en la Ley 2080 de 2021, el control automático de los fallos de responsabilidad fiscal ante el Consejo de Estado, además la inclusión en el boletín de responsables fiscales del declarado responsables solo procede una vez agotado el trámite surtido ante la jurisdicción⁸⁴.

Lo anterior significa que los efectos disuasorios no surgen de manera automática de una formulación de advertencia o del ejercicio del proceso auditor, estos se dan en otras instancias procesales a través de los cuales se busca el resarcimiento del daño, una sanción administrativa o una sanción penal. Por tanto, el carácter instrumental de la vigilancia y el control fiscal inclina más la función del órgano de control hacia el principio de colaboración armónica entre entidades que a su efectividad inmediata⁸⁵.

⁸⁴ El control automático de legalidad, está reglamentado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. Esta actuación consiste en que el fallo de responsabilidad fiscal de la CGR o la AGR una vez ejecutoriado se remita a la jurisdicción contenciosa para adelantar de oficio un control automático e integral de legalidad del acto administrativo. Por fortuna, el Consejo de Estado ha proferido varias decisiones, inaplicando este precepto. Sin embargo, la instrucción al interior de la Contraloría, es que tales fallos se deben remitir para conocer la decisión jurisdiccional en cada caso concreto (CGR, 3 de agosto de 2021, Memorando 2021IE0061165).

⁸⁵ Quinche (2014) critica la colaboración armónica como la continuidad de un modelo de irresponsabilidad presidencial, de autoritarismo y de ausencia de controles efectivos sobre el ejecutivo, como se dio durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez y en la actualidad, claramente puede evidenciarse con la ausencia de control

- “La Contraloría no debe anticiparse, ni inmiscuirse en la ejecución de procesos o la adopción de decisiones, sino que debe honrar el carácter posterior de su intervención y salvaguardar la necesaria autonomía del quehacer administrativo, y la del propio ente de control, ejerciendo sus atribuciones en forma posterior”.

El análisis de la Corte, incluyó sus sentencias más relevantes sobre las transformaciones del control fiscal, desde el su carácter previo hasta el posterior y selectivo. Del recorrido jurisprudencial expuesto, el fallo elabora dos líneas de interpretación: la *vis expansiva* y la *vis restrictiva* del control fiscal.

La *vis expansiva* del control fiscal comprende su carácter amplio e integral. Aquí convergen los sujetos vigilados, en diferentes niveles de la administración pública, tanto particulares como entidades de carácter público o privado, que manejan fondos o bienes de la nación. La sentencia, fundamenta esta tesis en varios fallos de constitucionalidad sobre la vigilancia y control de la CGR sobre diferentes los entes que, independiente de su naturaleza jurídica, realicen gestión fiscal, es decir, manejen recursos públicos del orden nacional o tienen función decisoria sobre los mismos.

El carácter amplio del control fiscal, comprende además de su ejercicio en todos los sectores y actividades relacionadas con el patrimonio estatal, otras formas de control, como el financiero, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas, de legalidad y la evaluación del sistema de control interno, acorde a los principios de la gestión fiscal. A esta concepción se ajusta la función de advertencia.

De otro lado, el carácter posterior o la *vis restrictiva* del control fiscal, apuesta al límite del control, “en los momentos y actividades en los que tiene que ver dicha fiscalización” (Corte

político, disciplinario y fiscal frente al manejo que el Gobierno le ha dado a la situación de la pandemia COVID-19 (pp. 412-413).

Constitucional, Sentencia C-103 de 2015). Esta interpretación hace prevalecer la voluntad del constituyente al eliminar el control previo y prohibir al ente de control, el ejercicio de funciones administrativas diferentes a las de su propia organización. Para la Corte hacen parte de esta línea, el control fiscal externo y el control interno, como actividades que se complementan en la vigilancia de los recursos públicos.

Bajo esta óptica, las actividades de control previo, se hacen a través de los mecanismos de control interno que existen en las entidades vigiladas y sirven de insumo para el momento en que proceda la vigilancia de la CGR de manera posterior y selectiva. Por ende, la Contraloría no puede intervenir en aspectos decisionales de los sujetos vigilados por cuanto estaría coadministrando y menoscabando su imparcialidad y autonomía, lo que, a toda costa, quiso evitar el constituyente de 1991.

Así que, acogiendo la voluntad del constituyente primario, la Corte Constitucional, se inclinó por el carácter restrictivo del control fiscal para declarar la inexequibilidad de la función de advertencia contenida en el artículo 5 n.º 7 del Decreto Ley 267 de 2000, reconociendo que, aunque esa modalidad de intervención tiene sustento en el principio de colaboración armónica y en la integralidad del control fiscal para la salvaguarda del patrimonio público, así como en la efectividad institucional de la Contraloría, no puede superar el carácter posterior del control fiscal ni la prohibición de ejercer funciones administrativas diferentes a las de su propia organización, límites constitucionales que representan el alcance de la función de vigilancia fiscal.

Para establecer los criterios que rodearon esta intención constituyente, en esta investigación se revisaron las discusiones de la Asamblea Nacional de 1991 y se encontró que las cuestiones debatidas sobre la Contraloría y el control previo, se limitaban a lo desafortunado que

fue su ejercicio por su relación con los actos de corrupción. En los debates de ANC, se hablaba de un órgano de control preso de la política partidista, sometida al arbitrio de los parlamentarios, un órgano fiscalizador receptor de coimas y las contralorías territoriales como uno de los mayores focos de corrupción del país, por lo que fueron varias las propuestas para eliminar la Contraloría General⁸⁶.

No se encontró evidencia que las sesiones tocaran aspectos técnicos, jurídicos, académicos, presupuestarios, sobre las ventajas y desventajas del control previo o del carácter posterior y selectivo del control fiscal o cuál de estos sistemas fuera más útil para contribuir al cumplimiento de los fines esenciales del modelo estatal de Estado social de derecho.

Cabe entonces preguntarse si no hubo un estudio juicioso del constituyente sobre la abolición de una situación jurídica, como la que se investiga, ¿hasta qué punto el hecho de conocer la intención del constituyente de 1991 o aplicar el criterio del originalismo, puede aplicarse como método de interpretación constitucional por parte del juez? Acaso, ¿se desconoce el proceso evolutivo del Estado y la sociedad actual que busca privilegiar insistentemente la protección del patrimonio público, frente a los constante actos de corrupción?

Para Gargarella, de acuerdo a la conferencia emitida por la Red Iberoamericana de Argumentación Jurídica (2018), tanto el originalismo como la doctrina del derecho viviente, son criterios de interpretación problemáticos, cuando el pueblo habla de modos diferentes, con voz constitucional y en muchos momentos. Adicionalmente, desentrañar lo que quiso el constituyente respecto a una palabra o un contenido normativo, puede generar una arbitrariedad pues el juez puede interpretarla bajo diferentes criterios o ideologías. Respecto a la interpretación

⁸⁶ En este análisis, se revisaron 43 informes de las sesiones de ANC que tocaran temas de control fiscal realizadas entre febrero y junio de 1991, las cuales fueron consultadas en la página de la AGR, véase: <https://observatorio.auditoria.gov.co/ventanas-de-observacion/normas-constitucionales/or%C3%ADgenes-constitucionales>

constitucional en el presente buscando que la Carta Política no quede en el pasado, tener en cuenta la voluntad actual del pueblo, no logra un ejercicio de consenso cuando existen diferentes opiniones y estamentos de decisión que pueden dar resultados distintos (Red Iberoamericana de Argumentación Jurídica, 2018).

Por su parte, Waldron (1999) considera que los jueces no gozan de legitimidad para decidir casos difíciles porque desconocen la soberanía del pueblo pues este no los eligió, por tanto, los jueces no representan al pueblo. Para el autor, el legislativo o las asambleas sí están legitimado para decidir los desacuerdos o los hechos en disenso, pues “representa un mecanismo acertado, respetuoso y digno para decidir y asumir la rendición de cuentas y la responsabilidad ante los demás ciudadanos” (Jiménez, 2021, p. 207).

Aunque el foro legislativo ha imperado de manera prevalente como manifestación de la democracia representativa en los ordenamientos jurídicos estatales, en países como el nuestro, su falta de legitimidad no es jurídica sino *de facto* por el desprestigio y la desconfianza de la ciudadanía en su desempeño. Así que, en consonancia con Gargarella, el criterio de interpretación constitucional que debiera imperar, sería la participación institucional y ciudadana de conversación colectiva y de deliberación. Lo que en este asunto se traduce en un espacio dialógico y deliberativo liderado por el órgano judicial con la participación de la Contraloría, la ciudadanía y el órgano legislativo.

En estos espacios deliberativos pueden valorarse los aspectos técnicos, propios de la experticia que detenta la entidad de control en materia de vigilancia y control a los recursos públicos, incluso, conocer en contexto, cómo es el funcionamiento de las oficinas de control interno, si cuentan con atribuciones y mecanismos idóneos para realizar el control previo administrativo y estrategias de mejoramiento continuo en la gestión pública de las entidades: si

son o no garantes del cumplimiento de los principios de la función administrativa. Es un hecho conocido que, en la práctica estas dependencias no gozan de imparcialidad, autonomía o independencia. En un informe sobre la calidad y eficiencia del Control Fiscal Interno correspondiente a la vigencia 2016 y el primer semestre de 2017, la CGR, encontró que el 43 % de las entidades públicas auditadas presentaron deficiencias en la evaluación de calidad y eficiencia del control fiscal interno.

- *La función de advertencia constituye una afectación innecesaria a los principios constitucionales del control posterior y la prohibición de coadministración, tomando en consideración la existencia de otros mecanismos, para la protección al patrimonio que no afectan ningún principio constitucional.*

La Corte Constitucional acudió al juicio de proporcionalidad para zanjar la tensión existente entre la efectividad del control fiscal propuesta con la función de advertencia y principios de orden constitucional, como denominó la Corte al carácter posterior del control fiscal externo. En su aplicación, valoró la legitimidad del fin perseguido con la función de advertencia, la idoneidad o aptitud del medio para alcanzar dichos fines, la necesidad del medio, según la existencia de otros mecanismos con los cuales pueda alcanzarse el mismo fin, sin afectar los principios constitucionales que puedan desconocerse con la medida cuestionada y, finalmente, la estricta proporcionalidad del medio.

En cuanto a las premisas puestas en confrontación, la Corte arguyó en su sentencia, una tensión entre dos principios constitucionales,

por un lado, la efectividad del control fiscal, que reclamaría una vis expansiva, una anticipación, con carácter preventivo y proactivo, del momento en que inicia la intervención de la Contraloría como la que se propone con la función de advertencia; de otro lado, los principios de orden constitucional que propenden por mantener el carácter posterior del control fiscal externo que

lleva a cabo dicha entidad, para así salvaguardar la autonomía e independencia del ente de control, que se ven comprometidas cuando este incurre en alguna forma de coadministración. (Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015) (subrayado fuera del texto)

Adicionalmente, sin objetar los fines constitucionalmente legítimos de la función de advertencia orientados a lograr la efectividad del control fiscal mediante la intervención previa de la Contraloría, la corporación determinó que este accionar, era una afectación innecesaria de los principios constitucionales del control posterior y la prohibición de coadministración, pues el ordenamiento jurídico contempla otros mecanismos, como el de control interno y las funciones de vigilancia de las superintendencias que podían abogar por la protección al patrimonio público en estricto sentido y, sin lesionar ningún principio constitucional.

No obstante lo anterior, la Corte no aplicó de manera acertada el juicio de proporcionalidad en esta sentencia. En primer lugar, las premisas de confrontación que se subrayan, no presentan congruencia con la *ratio decidendi* de la sentencia, pues no es la efectividad del control fiscal la que se encuentra en tensión y esta no es un principio, es la integralidad del control fiscal lo que se define en dicha sentencia y en la jurisprudencia constitucional como *vis expansiva* del control; es decir, aquella que se inclina por la protección integral de patrimonio público. El otro extremo, el carácter posterior del control fiscal, tampoco tiene connotación de principio constitucional, pues el control posterior y selectivo es una modalidad técnica del control y a su vez, un límite del accionar de la Contraloría en ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal. O sea, es la forma⁸⁷ en que se ejerce el control fiscal por parte de las contralorías.

⁸⁷ En el Diccionario de la Real Academia Española forma es el “modo o manera en que se hace u ocurre algo”.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que la intensidad del control de constitucionalidad y del test de razonabilidad a aplicar, depende de la materia objeto de la norma demandada. En este sentido, según la estructura, elementos de análisis, y consecuencias en materia probatoria y argumentativa, la jurisprudencia constitucional distingue tres tipos de test: el estricto, el intermedio y el leve.

Por tanto, la corporación en su control de constitucionalidad aplica, por lo general, un test leve de razonabilidad que “se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además adecuada para alcanzar el fin buscado”⁸⁸ Cuando existen razones de peso que ameriten un control estricto se aumentan los criterios para evaluar la constitucionalidad de la medida, por ejemplo, cuando están en tensión derechos constitucionales fundamentales, así que, en su aplicación se estudia si el fin de la medida es legítimo e importante e imperioso, si el medio escogido además de adecuado, es necesario, o sea, que pueda ser reemplazado por otro menos lesivo y adicionalmente se aplica un juicio de proporcionalidad en estricto sentido, para establecer si los beneficios de adoptar esa medida exceden las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001).

Aunque la aplicación inadecuada de las premisas en tensión, restan validez a los demás criterios de evaluación para la decisión, hay que señalarse además que no existía sustento para la aplicación de un juicio estricto sobre la constitucionalidad de la función de advertencia, pues no estaba en juego una situación relevante que así lo ameritaba y menos algún derecho fundamental constitucional. El test leve de razonabilidad, era el que debía aplicarse, entre otras cosas porque la Corte ha reconocido en la función de advertencia un fin legítimo y constitucional y como se vio, no tiene carácter disuasivo ni intimidatorio.

⁸⁸ Corte Constitucional. (28 de junio de 2001) C-673

Adicionalmente, a la Corte Constitucional le preocupaba salvaguardar la autonomía e independencia del ente de control, que estaría comprometido si incurre en alguna forma de coadministración. Pero el desacierto de este argumento, se ilustra con lo que ha evidenciado esta investigación sobre las diferencias de las actividades de vigilancia y control que realiza la Contraloría en la actualidad y el control previo y la coadministración.

Sin embargo, no está de más enfatizar en la diferencia más significativa entre el control previo, la coadministración y la función de advertencia, respecto al visado de legalidad de las actuaciones de los vigilados, que entrañaba el control previo, requisito sin el cual, estas no revestían de validez. Por tanto, la función de advertencia no comprometía la autonomía del órgano de control pues frente a la advertencia formulada, el sujeto vigilado podía decidir si acatar o no el cuestionamiento del ente de control.

Esta afirmación, desconoce además el actuar de la Contraloría, pues como se ha visto, advertir sobre los riesgos al patrimonio económico, no implicaban una actuación que no pudiera ser controvertida en otras instancias administrativas dispuestas dentro de la dinámica de los procesos de vigilancia y control fiscal.

- *La distinción sobre la que descansa el argumento planteado debe ser examinada a la luz del modelo constitucional de fiscalización del manejo de los recursos públicos expuesto en las consideraciones precedentes y la manera en que este ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional.*

Aunque en la sentencia C-103 de 2015 se analiza gran parte de la jurisprudencia constitucional sobre la vigilancia y el control fiscal, privilegiar el carácter restrictivo del control fiscal, desconoce el principio de la supremacía constitucional, porque se olvida la relación entre la protección del patrimonio público y los contenidos del estatuto superior respecto al

cumplimiento de los fines esenciales del Estado y el cumplimiento de las políticas públicas. Adicionalmente, existe una conexidad directa entre la función de vigilancia y control de las contralorías y los principios fundantes de la Constitución como el Estado social de derecho, el principio democrático, el principio de legalidad y el de separación de poderes, como se verá más adelante.

Así mismo, si bien el fallo de constitucionalidad de 2015 reconoce la función de advertencia como un mecanismo consonante con la colaboración armónica, la Corte se aleja de sus pronunciamientos y de la importancia que este órgano judicial le ha atribuido a tal principio, en virtud a las relaciones de cooperación y coordinación entre entidades y, por ende, el mejoramiento de la gestión pública (Corte Constitucional, Sentencia C-246 de 2004).

En una oportunidad, sobre la función de advertencia y la colaboración armónica, la Corte Constitucional manifestó:

Coherente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad, mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad -sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades [...]. (Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2012)

En el caso de la sentencia C-103 de 2015, la decisión buscó la protección de la autonomía e independencia del ente de control, pero terminó vulnerándola, ya que los órganos de control fiscal pueden aplicar el principio de colaboración armónica pero con un límite excepcional, esto es, su alcance va hasta que las actuaciones de vigilancia y control se refutan como una intromisión en el marco decisional de los sujetos de control y por ende, se estigmatizan como un

control previo o una coadministración y no como el ejercicio de la colaboración armónica entre entidades.

Así las cosas, a diferencia de la función preventiva en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, en los órganos de control fiscal pareciera aplicarse el diseño constitucional de la separación de poderes formulado por Locke y Montesquieu, porque el miedo a la coadministración le impide a la administración pública o al ente que tenga a su cargo manejo de los recursos públicos tener una interrelación o colaboración armónica con este órgano de control.

Finalmente, con base en todo lo expuesto, se tiene que la Corte en esta sentencia desconoció el principio de interpretación conforme o de conservación del derecho, a partir del cual, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de acuerdo a la Constitución. Su aplicación se materializa cuando ante una norma ambigua, cuya interpretación razonable admita, cuando menos, dos sentidos diversos, el intérprete debe seleccionar aquella interpretación que se adecúe de mejor manera a las disposiciones constitucionales. Pero, si una de las dos interpretaciones origina una norma inconstitucional, procede el juicio constitucional contra la norma ambigua, al cabo del cual procederá una decisión de exequibilidad condicionada a la expulsión del extremo inconstitucional de la disposición demandada del ordenamiento jurídico.

En materia de control fiscal, el principio de interpretación conforme se ha aplicado en tres oportunidades: en la Sentencia C-065 de 1997, cuando se examinó la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 42 de 1993 sobre la vigilancia fiscal a las sociedad de economía mixta, según recibieran aportes o participación del Estado, condicionando su interpretación acorde al artículo 25 que consagra la vigilancia fiscal sobre todos los contratos celebrados con fundamento

en el artículo 355 de la Carta, y del otro, con el artículo 267 de la propia Constitución que señala que el control fiscal recae sobre toda entidad que maneja fondos o bienes de la nación.

Así mismo, en la Sentencia C-967 de 2012 que analizó la constitucionalidad del artículo 217 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012, sobre supresión de trámites en la administración pública. Frente al principio de interpretación conforme y la función de vigilancia de la gestión fiscal, se expresó:

7.2.- Desde esta óptica, es necesario hacer una lectura armónica de la Constitución, y especialmente de los artículos 119 y 267, con el propósito de fortalecer la capacidad institucional de las autoridades a las cuales se ha encomendado esa función, procurando que su actividad no implique una interferencia indebida en las competencias de las autoridades para la administración y manejo de los fondos oficiales, pero velando siempre porque el control fiscal se cumpla de manera integral.

La naturaleza amplia de esta función significa que no es de recibo una hermenéutica de las normas legales encaminada a restringir o excluir el control fiscal cuando están comprometidos recursos públicos, en concreto en los procesos de contratación estatal. Por el contrario, a la luz del principio de interpretación conforme, debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales; incluye el proceso de manejo e inversión; y se proyecta también en la evaluación de los resultados obtenidos con la utilización de esos recursos de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados, es decir, con posterioridad a la finalización y liquidación de los contratos estatales. (Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2012)

En consecuencia, además de aplicar un test de razonabilidad leve, la decisión de la Corte en la Sentencia C-103 de 15 no debió ser de inexecutable, sino en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución, consonante con los principios constitucionales del

Estado social de derecho y debió condicionarse la exequibilidad de la decisión a los alcances constitucionales del control posterior y la coadministración.

2.3. La interpretación constitucional. *Vis expansiva* de la vigilancia y el control fiscal.

Este estudio comprendió el análisis de 74 sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, entre 1993 y 2015 para validar la línea interpretativa del control fiscal predominante en la Sentencia C-105 de 2013 o encontrar criterios ajustados a la Carta que procuren la protección del patrimonio del Estado. En primera instancia, se encontró que las interpretaciones *vis expansiva* y *vis restrictiva* del control fiscal, solo fueron expuestas en la sentencia que elimina del ordenamiento jurídico a la función de advertencia.

Del estudio de las 74 sentencias, se encontraron en 24 sentencias⁸⁹ que contienen pilares fundamentales que privilegian la salvaguarda de los recursos públicos y permiten consolidar el principio de integralidad de la vigilancia y el control fiscal consonante con el Estado social de derecho, los cuales son:

1. La vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia y la moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de recursos públicos, la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado.
2. El Control fiscal constituye una actividad exclusiva de vocación pública que tienen para asegurar los intereses de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo y recursos públicos para asegurar el cumplimiento de lo fines esenciales del Estado.

⁸⁹ Las sentencias que fundamentan este análisis son: C-529 de 1993, C-167 de 1995, C-374 de 1995, C-586 de 1995, C-065 de 1997, C-499 de 1998, C-218 de 1999, C-40 de 1999, C-623 de 1999, C-1911 de 2000, C-089 de 2001, C-840 de 2001, C-1148 de 2001, C-364 de 2001, C-127 de 2002, C-290 de 2002, C-648 de 2002, C-716 de 2002, C-629 de 2003, C-1176 de 2004, C-529- de 2006, C-557 de 2009, C-541 de 2011, C- 967 de 2012.

3. Ningún ente por soberano que sea puede abrogarse el derecho a no ser fiscalizado frente a los ingresos públicos o bienes de la comunidad.
4. El hecho de que el control a la gestión fiscal sea de carácter posterior y selectivo, de ninguna manera deja de ser integral, puesto que comprende un control financiero, legalidad, de gestión y de resultados. Su carácter amplio también se obtiene de la aplicación sobre entidades o personas que administren bienes o fondos públicos.
5. Los fundamentos constitucionales del control fiscal, sumados a los precedentes decantados en la jurisprudencia de la Corte, permiten afirmar que el reconocimiento amplio e integral de la vigilancia fiscal se proyecta en varias dimensiones: (i) incluye el control financiero, de gestión y de resultados; (ii) se ejerce en los diferentes niveles de la administración pública; (iii) opera no solo respecto de las autoridades sino también de los particulares involucrados en el desarrollo de una gestión fiscal; (iv) y comprende todos los sectores, etapas y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales.
6. En materia de control fiscal, el legislador cuenta con un amplio espectro de configuración normativa, conforme al cual puede definir tanto el método específico para el ejercicio del control, como las entidades públicas o privadas objeto del mismo. Ello a condición que se cumpla la premisa constitucional sobre la relación necesaria entre ejercicio del control fiscal y manejo de fondos o bienes de la nación.

A su vez, de las sentencias expuestas, se pueden inferir los siguientes elementos que harían parte de la integralidad de la vigilancia y el control fiscal para proteger el patrimonio público:

- Los sujetos destinatarios del control, ya que la vigilancia y el control fiscal se extienden a entidades de carácter público o privado y a particulares que manejen fondos o bienes de la nación, en los diferentes niveles de la administración pública;
- los sistemas de vigilancia y de control fiscal, como el control posterior y selectivo, concomitante y preventivo que aplican no solo el control numérico legal, también el control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y la evaluación del control interno y,
- la naturaleza de la vigilancia y control fiscal que implica que su ejercicio se da en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos públicos.

Los sujetos destinatarios del actuar de la Contraloría, los sistemas de vigilancia y control y la naturaleza de la vigilancia y control fiscal sobre la gestión fiscal, han sido evaluados en diferentes sentencias de la Corte Constitucional, como pasa a enunciarse:

En la Sentencia C-529 de 1993⁹⁰, que constituyó el primer pronunciamiento de constitucionalidad de la Ley 42 de 1993, se determinó que el Banco de la República era sujeto de vigilancia y control fiscal, en la medida que realizara actos de gestión fiscal. La importancia de esta sentencia, radica en la definición de la gestión fiscal a la luz de la Constitución de 1991, incluyéndola como presupuesto básico para el control fiscal, resaltando también que, independientemente de la clase de sujeto de control que realice la gestión, debe estar presente la vigilancia del órgano de control. Sobre este concepto se dijo:

De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de **gestión fiscal** alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o

⁹⁰ En esta sentencia se determinó que el control fiscal sobre el Banco de la República se aplicaría en la medida en que este ejecutara o cumpliera actividades de gestión fiscal.

percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. (Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1993)

En la Sentencia C-372 la Corte declaró la inexecutable del artículo 6 del Decreto 130 de 1976 que permitía la asignación de capital público a las fundaciones por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución y no estar sujeta a control fiscal, lo que implicaba una destinación de recursos del Estado a fines censurables y contrarios al Estado social de derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden justo (Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1994).

Por su parte, la Sentencia C-167, determinó la constitucionalidad de la vigilancia y control de la Contraloría General de la República, sobre el recaudo, manejo e inversión de los ingresos provenientes del registro mercantil que tienen a cargo las cámaras de comercio por tratarse de recursos públicos, teniendo en cuenta que la función fiscalizadora de la Contraloría General de la República busca un control de resultados, a través del adecuado manejo de los recursos públicos sean administrados por organismos públicos o privados (Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995).

De otro lado, la Sentencia C-374 de 1995 declaró la inexecutable del artículo 27, segmento 27.4 de la Ley 42 de 1994, que regulaba el control fiscal de las contralorías sobre las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, mientras no solicitaran autorización del Consejo de Estado o Tribunal Administrativo para contratar dicho control con empresas privadas colombianas escogidas por concurso. Al respecto, indicó que:

El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. (Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1995)

En la Sentencia C-586 de 1995 se estudió la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993, en lo pertinente a la creación de la Unidad de Auditoría Especial de Orden Público adscrita al Gobierno nacional, toda vez que se consideró que, esta al hacerle seguimiento a los recursos públicos de las entidades territoriales y sus descentralizadas, que financiaran actividades subversivas o terroristas, desplazaba a la Contraloría General de la República en su función exclusiva de ejercer el control fiscal. En esta sentencia el Tribunal, consideró como una función de naturaleza eminentemente administrativa y ajena al control fiscal, que el presidente de la República velara por la recaudación y administración de las rentas y caudales públicos. En esa oportunidad explicó que esta función administrativa era propia de los mecanismos de control interno que, en ningún momento sustituían el control fiscal del órgano autónomo e independiente, aunque contribuían en dicha labor (Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 1995).

En la Sentencia C-065 de 1997, se estudió la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 42 de 1993. El precepto establecía que la vigilancia en las entidades del Decreto 130 de 1976 diferentes a las de economía mixta, se hacía según se tratara de aporte o participación del Estado. Para el aporte, la vigilancia se limitaba hasta su entrega y para la participación se hacía teniendo en cuenta el aporte estatal. Ante los vacíos legislativos y de interpretación con otras fuentes normativas, la Corte acudió a la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 42 de 1993 y determinó que, el fin del legislador con esta diferenciación, era establecer un límite temporal del ejercicio del control fiscal cuando se tratara de un aporte, entendidos estos, como los dineros públicos entregados para financiar proyectos, lo que imposibilitaba el control posterior de resultados de gestión.

Aplicando el principio de interpretación conforme, en consonancia con la vigilancia fiscal y la protección del patrimonio público, el precepto se declaró exequible en forma condicionada bajo el entendido de que los aportes estatales mantienen el carácter de fondos públicos y por ende las entidades que los administraran quedaban sometidos a dicha vigilancia (Corte Constitucional, Sentencia C-065 de 1997).

En la Sentencia C-218 de 1999, la Corte Constitucional revisó el Decreto 197 del 30 de enero de 1999 por el cual se creó el Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero. Dentro de las facultades del Consejo Directivo, estaba la contenida en el numeral 6 del artículo 3 sobre la designación de una firma internacional para ejercer la auditoría del Fondo. La Corte declaró la exequibilidad condicionada del precepto,

Si se entiende y aplica sin perjuicio del control fiscal a cargo de la Contraloría General de República que debe cumplir su función en forma posterior y selectiva, siempre que esté de por medio el manejo de fondos y bienes públicos. (Corte constitucional, Sentencia C-218 de 1999)

La Sentencia C-403 de 1999 analizó la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 42 de 1993, sobre control excepcional de la CGR, que procedía sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control a cargo de las contralorías departamentales y municipales y en ciertos casos establecidos en la norma. El Tribunal declaró exequible la norma, precisando que este tipo de control no podía referirse a los recursos del orden nacional transferidos a las entidades territoriales pues, frente a ellos la Contraloría tiene competencia concurrente y prevalente por tratarse de intereses de carácter nacional, sin embargo, pese a que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado y por ende objeto de control fiscal (Corte Constitucional, Sentencia C-403 de 1999, este pronunciamiento se hizo además en la Sentencia C-364 de 2001).

En la Sentencia C-623 de 1999, se estudió la constitucionalidad del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 que determina las etapas de la contratación en las que intervienen las autoridades que ejercen control fiscal posterior⁹¹. En esta sentencia se alude al principio de integralidad del control fiscal porque cubre desde el momento en que la entidad recibe los recursos asignados, su manejo o utilización hasta la evaluación de los resultados obtenidos con la inversión. La finalidad de la vigilancia fiscal, se materializa en

la protección del patrimonio público, la transparencia y moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en cumplimiento de los fines del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-623 de 1999)

En la Sentencia C-1191 de 2000, se declaró la inexecutable del artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000 porque estableció un límite al ejercicio del control fiscal sobre las empresas mixtas destinadas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, como las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas. El artículo sustraía de dicho control, a los actos o contratos, derivados de su calidad de socio, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, desconociéndose la Constitución Política en relación con el control de gestión y de resultados y, adicionalmente, debilitando en forma ostensible la vigilancia de los bienes públicos en las empresas de servicios públicos (Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000)⁹².

⁹¹ Esta norma establece que el control fiscal se aplica una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos y en forma posterior, a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajusten a las disposiciones vigentes (control de legalidad) y, una vez liquidados o terminados los contratos según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Así mismo, dispone dicha norma que el control previo administrativo de los contratos corresponde a las oficinas de control interno.

⁹² En la Sentencia C-290 de 2002, la Corte en concordancia con la Sentencia C-1191 de 2000, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 689 de 2001, que limitaba el ejercicio del control fiscal a las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado y sobre los aportes, actos o contratos sólo a los documentos que al final de cada ejercicio.

En la Sentencia C-648 de 2002 se estudió la constitucionalidad de los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000 que regula el proceso de responsabilidad fiscal y que se refieren a la vinculación del garante y a la caducidad del contrato estatal, respectivamente. En esta providencia, se expuso que, la vigilancia de la gestión fiscal, se ejerce de manera integral, incluyendo un conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2002).

En la Sentencia C-1176 de 2004, se estudió la constitucionalidad del Decreto Ley 267 de 2000 artículo 4, sobre los sujetos de control fiscal y el numeral 8 que hace alusión a los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía. La demanda se basó en que se desconocían los principios constitucionales de autonomía e independencia que rigen el control fiscal al permitir que la CGR vigile la AGR. En dicha sentencia se estableció la exequibilidad del precepto, pues la AGR realiza gestión fiscal y, por tanto, no puede quedar exenta de la vigilancia y control fiscal, sin que ello reste autonomía o independencia a cada ente, por el contrario, son propios de los controles recíprocos establecidos por la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2004).

En la sentencia C-529 de 2006 la Corte manifestó que, en virtud de que las sociedades de economía mixta están adscritas al sector descentralizado y vinculadas a la administración pública cuando se cuenta con participación estatal en la conformación del patrimonio social, y en virtud al aporte estatal y a la consecución de sus fines, es sujeta de control fiscal.

En la Sentencia C-541 de 2011, la Corte encontró ajustado a la Constitución el artículo 1 de la Ley 1283 de 2009, que modificó el artículo 15 de la Ley 141 de 1994, que estableció en su párrafo la competencia privativa de la CGR para ejercer el control fiscal sobre los recursos de regalías y compensaciones monetarias, sin excluir de manera eventual, la competencia concurrente de las contralorías territoriales sobre estos recursos (Corte Constitucional, Sentencia C-541 de 2011).

Finalmente, la Sentencia C-967 del 21 de noviembre de 2012, se diferencia la vigilancia fiscal del control fiscal reconociendo el carácter amplio e integral de la vigilancia fiscal en las siguientes dimensiones:

i) incluye el control financiero, de gestión y de resultados; (ii) se ejerce en los diferentes niveles de la administración pública; (iii) opera no sólo respecto de las autoridades sino también de los particulares involucrados en el desarrollo de una gestión fiscal; (iv) y comprende todos los sectores, etapas y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales. (Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2012))

De lo anterior puede concluirse que el principio de integralidad del control fiscal además de fundarse en los artículos 119, 267 y 268 de la Constitución tenía suficiente criterio jurisprudencial que lo hacía prevalecer sobre un carácter restrictivo más si se tiene en cuenta que abarca como fin primordial la protección del patrimonio público para contribuir al cumplimiento de los cometidos estatales. Además, su protección, uso y goce es la finalidad que más incumbe al Estado para el cumplimiento de sus fines. En las sentencias consultadas también se observaron criterios y fundamentos frente al carácter posterior del control fiscal, pero siempre en consonancia con la integralidad del control para proteger el patrimonio público, lo que enfatiza

aún más la precariedad de considerar el carácter posterior del control fiscal como un principio constitucional⁹³.

Finalmente, es pertinente señalar que, tener solo el control posterior como forma de control, no se acompasa con la realidad actual del Estado colombiano. Los procesos de modernización que ha tenido la administración pública, el crecimiento del Estado y las nuevas formas de contratación y ejecución de los recursos públicos, ameritan que el ejercicio del control fiscal no sea únicamente en forma posterior. Una actuación preventiva, un control automático en tiempo real, o el seguimiento permanente de los recursos estatales, su adecuada utilización por parte de la CGR pueden enmarcarse dentro del principio de colaboración armónica entre entidades públicas, incluso así lo ha entendido la Corte en otros pronunciamientos cuando señalaba que las contralorías debían realizar una actividad retroalimentadora en torno a la administración (Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001, Sentencia C-127 de 2002, Sentencia C-529 de 2006).

2.4. Conclusiones: el control posterior y selectivo, como mecanismo único de control fiscal en el seguimiento a los recursos públicos.

El control posterior y selectivo se estableció en la Constitución Nacional como un sistema de control por parte de la Contraloría a la gestión y resultados de la administración, una vez estos consolidados, privilegiándose, ante todo, la autonomía de las entidades vigiladas y, buscando con ello, acatar la prohibición a la Contraloría de ejercer funciones administrativas diferentes a las de su propia organización.

⁹³ Sentencias C-189 de 1998, C-113 de 1999, C-623 de 1999, C-089 de 2001, C-127 de 2002, C-396 de 2002, C-648 de 2002, C-716 de 2002, C-384 de 2003, C-1176 de 2004, C-529 de 2006, C-557 de 2009.

Bajo este precepto, amparada en el espíritu constituyente de 1991 y buscando eliminar cualquier vestigio de control previo o coadministración, la Corte Constitución le atribuyó el carácter de principio constitucional, al carácter posterior del control fiscal en su sentencia C-103-2015 que estudió la exequibilidad de la función de advertencia.

Mediante este mecanismo de vigilancia de la gestión fiscal, la Contraloría estaba facultada para advertir las operaciones o procesos en ejecución que pudieran traer graves riesgos al patrimonio público y ejercer el control fiscal sobre estos. A través de ella, se gestaron actuaciones administrativas relevantes en la vigilancia y protección de los recursos naturales, buscando además salvaguardar el derecho a un ambiente sano de la población frente a los megaproyectos de minería, entre otros aspectos, en los que pudieron recuperar dineros públicos.

Así las cosas, el Tribunal determinó esta función como un instrumento de intervención cercano a los sistemas de control que quiso a toda costa abolir del ordenamiento jurídico el constituyente de 1991 y declaró la inconstitucionalidad de esta figura, desconociendo, la jurisprudencia constitucional sobre la integralidad del control fiscal para la protección del patrimonio público desde los sujetos de vigilancia, los sistemas y naturaleza de control; así como el principio de interpretación conforme y de colaboración armónica.

La interpretación restrictiva del control fiscal a través de su carácter posterior, por la que se inclinó la Corte Constitucional, limitaba el actuar de la Contraloría, que solo podía aplicar sus sistemas de control, una vez se consolidaran los hechos, operaciones u procesos del sujeto vigilado y debía, por tanto, abstenerse de advertir cualquier situación de riesgo al patrimonio del Estado que ocurriera en procesos en ejecución. Esto motivó la propuesta y trámite del órgano de

control para reformar la Constitución e incluir un control concomitante y preventivo que se conjugara con el control posterior y selectivo.

Tercer Capítulo

Control concomitante y preventivo. ¿Se supera el temor al control previo y a la coadministración?

En este capítulo se expone el Control Concomitante y Preventivo, un sistema de control controversial por su afinidad con el control previo, la coadministración y la función de advertencia. Inicialmente se alude al Acto Legislativo 04 de 2019 y las principales innovaciones que trajo el nuevo sistema de control fiscal al ordenamiento jurídico colombiano, dentro de las cuales se encuentra este sistema de control. Se expondrán además las características del control concomitante y preventivo, así como una breve reseña de países donde aplican sistemas similares, pero que buscan un control en tiempo real a los recursos públicos y combatir la corrupción.

Hace parte del capítulo, el análisis de la Sentencia C-140 de 2020 de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 04 de 2019 en lo pertinente al control preventivo y concomitante, por lo que resulta necesario analizar, si al establecer la constitucionalidad de este nuevo sistema de control, se supera el temor al control previo y la coadministración.

En este capítulo se exponen los contenidos normativos y el precedente de la sentencia en mención, los cuales estructurarán una interpretación prevalente para la protección del patrimonio público, con una argumentación cimentada en la diferenciación de los significados de vigilancia y control, lo que llevará a demostrar que la protección integral de patrimonio público es la apuesta definitiva del control fiscal y fortalece la conexidad entre la vigilancia y control fiscal como elemento integrado de los principios fundantes de la Constitución.

3.1. Acto Legislativo 04 de 2019 y el rediseño al sistema de control fiscal en Colombia

Bajo la consigna de afrontar de manera efectiva la corrupción, para el periodo 2018-2022 la CGR presentó varias propuestas encaminadas al fortalecimiento, modernización y especialización del control fiscal para la protección en tiempo real de los recursos públicos. Una de esas propuestas, fue el proyecto de Acto Legislativo que, en el mes de marzo de 2019, se radicó en el Senado con el n.º 039 de 2019 y en la Cámara con el n.º 355 para la reforma al control fiscal. Una agresiva estrategia de *lobbying*, medios de comunicación y concertaciones como negociaciones con los sindicatos de la entidad de control, la AGR y las contralorías territoriales, trajo como resultado que, un número significativo de congresistas avalaran dicho proyecto y trajera como resultado el Acto Legislativo 04 de 2019 del 18 de septiembre de 2019 mediante el cual se reforma de manera estructural el control fiscal en Colombia.

La reforma constitucional modificó los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución y su reglamentación se hizo a través del Decreto Ley 403 de 2020⁹⁴ y la Ley 2080 de 2021 con la cual se introdujeron al ordenamiento jurídico, como innovaciones destacadas, las siguientes:

- Control concomitante y preventivo. Además del control fiscal posterior y selectivo, se implementa un control concomitante y preventivo según sea necesario para la defensa y protección del patrimonio público. Esta facultad se atribuye de manera exclusiva a la CGR a través de la vigilancia de la gestión fiscal en tiempo real de los recursos públicos, sin que ello implique coadministración, lo cual quedó expresamente contenido en el precepto constitucional.

⁹⁴ En el presente año se demandó en dos oportunidades la totalidad del Decreto Ley 403 de 2021, por extralimitación de las facultades extraordinarias concedidas por el Acto Legislativo 04 de 2019. La primera demanda (Radicado D-14.290. MP. Cristina Pardo Schlesinger), se rechazó por falta de requisitos de acuerdo al Decreto 2067 de 1991 y la segunda se encuentra en trámite (Radicado D-0014388, MP. Paula Andrea Meneses Mosquera).

- Vigilancia y control fiscal preferente y concurrente, facultándose a la CGR para que, en determinados casos, desplace en su competencia a las contralorías territoriales.
- Control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal. Se reglamentó en la Ley 2080 de 2021, aunque existe un auto de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado que inaplica este control⁹⁵.
- Intervención sobre la gestión de cualquier entidad territorial o de manera excepcional en la competencia de las contralorías territoriales, previo el agotamiento de unos requisitos establecidos en el Decreto 403 de 2020 y reglamentado con la Resolución OGZ-767 de 2020.
- Funciones de policía judicial en ejercicio de la vigilancia y el control fiscal en todas sus modalidades.
- Sanciones de suspensión a quienes omitan la obligación de suministrar información, impida u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal.
- Intervención administrativa de la CGR para asumir temporal y parcialmente competencias propias de las contralorías territoriales. La certificación anual sobre la gestión de las entidades territoriales expedida por la AGR servirá de insumo para este trámite.
- Competencia del contralor general de la República para expedir las reglas de la convocatoria pública de selección de los contralores departamentales, municipales y distritales.

⁹⁵ Consejo de Estado (29 de junio de 2021) Sala Plena de lo Auto de Unificación de Jurisprudencia. Radicado 11001031500020210117501.

3.1.1. El control concomitante y preventivo⁹⁶

De acuerdo con lo estipulado por el constituyente derivado en el Acto Legislativo, este sistema de control no excluye al control posterior y selectivo, es potestad exclusiva del contralor general de la República, se realiza en forma de advertencia⁹⁷ y tiene un carácter excepcional, según sea necesario para garantizar la defensa y protección al patrimonio público. No es vinculante y no implica coadministración, ni versa sobre la conveniencia de las decisiones de quienes manejan recursos públicos y se presenta en forma de advertencia al gestor fiscal.

El seguimiento que se efectúa a través del control concomitante y preventivo, se hace en tiempo real y en forma permanente a los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. Este control, se ejerce en condiciones concretas y de manera excepcional, una vez se haya identificado un riesgo o daño inminente sobre el patrimonio público que se realiza en desarrollo de la vigilancia fiscal. Es decir, la Contraloría solo intervendrá en procesos de ejecución de las entidades públicas ante la presencia de un riesgo inminente o daño potencial al patrimonio del Estado.

Este mecanismo no excluye al control posterior y ambos sistemas se ajustan al precepto contemplado en el artículo 119 de la Constitución sobre la función de la vigilancia de la gestión fiscal de los entes de control. Por tanto, contribuyen a la consecución de los fines esenciales del Estado, se ajustan al principio de separación de poderes mediante la colaboración armónica entre entidades como a los principios de la función administrativa.

⁹⁶ Congreso de Colombia. (18 de septiembre de 2019) AL04, artículo 1.

⁹⁷ Constitución Política. Artículo 268. El Contralor General de la República, tendrá las siguientes atribuciones: n.º 13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados

En consecuencia, el control concomitante y preventivo y el control posterior y selectivo dentro del ejercicio del control fiscal amplían el alcance de intervención de los organismos de control y conjugados, se constituyen en valiosas herramientas para la protección del patrimonio público. El control posterior y selectivo, procede frente a la presencia de un daño cierto y no quedan desprotegidos los recursos públicos ante un riesgo inminente de la existencia de un daño dentro de un proceso en ejecución por parte de la entidad, porque opera de manera excepcional el control concomitante y preventivo.

La figura del control concomitante y preventivo no es novedosa. Algunos países buscan realizar seguimientos en tiempo real a los recursos públicos, a la conducta del gestor fiscal como estrategias para proteger los recursos estatales y combatir la corrupción. Aquí se exponen los casos de Perú, Brasil y Chile.

- Control Simultáneo. El caso de Perú.

El control gubernamental a cargo de la Contraloría General de la República del Perú, consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado. Su ejercicio se hace a través de un control previo, simultáneo y posterior.

El control simultáneo se implementó con las Resoluciones 273 de 2014, 431 y 432 de 2016 y la Directiva 017 de 2016. Recientemente se expidió la Resolución de Contraloría n.º 115 del 28 de marzo de 2019 en la que se definieron elementos de este tipo de control y que consiste en

Examinar de forma objetiva y sistemática hitos de control o las actividades de un proceso en curso, con el objeto de identificar y comunicar oportunamente a la entidad o dependencia la existencia de situaciones adversas, para la adopción de las acciones preventivas y correctivas que

correspondan contribuyendo de esta forma a que el uso y destino de los recursos y bienes del Estado se realice con eficiencia, eficacia, transparencia, economía y legalidad. (Contraloría General de la República del Perú, Resolución 115-2019)

El control simultáneo no interfiere en los procesos de gestión de las entidades, es de carácter oportuno, célere, sincrónico y preventivo. El alcance se determina con base a la autonomía funcional de la Contraloría y a los criterios que estime pertinentes. Se ejerce a través del control concurrente, la visita de control y la orientación de oficio (Contraloría General de la República del Perú, Resolución 115-2019).

En 2019, la CGR, realizó el *Foro Internacional sobre Control Fiscal en Tiempo Real* que tuvo como invitado al contralor general de la República del Perú, Nelson Eduardo Shack Yalta, quien además fungía como presidente de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS). En su intervención, se refirió a la corrupción como uno de los mayores problemas que afrontan los países de América Latina y como el control preventivo —que se implementó desde el año 2017— se ha convertido en una herramienta fundamental en la lucha contra este fenómeno. En relación con el control simultáneo señaló:

Es un acompañamiento sistemático durante la ejecución de la intervención de la obra, no cuando se hace la obra física, sino desde el principio, cuando se elaboran los términos de referencia de la etapa contractual, se mapean los riesgos y se identifican los momentos del proceso donde encontramos que la probabilidad de conducta de corrupción del funcionario es más alta, a eso se le llama hito de control, y ahí interviene la Contraloría con un equipo altamente calificado, multidisciplinario, que no solo incluye profesionales certificados en auditoría, que generalmente son contadores; sino que incluye ingenieros, médicos y cualquier otro profesional, que tenga relación directa con el objeto o materia a auditar. (Contraloría General de la República, 2019)

En este modelo de control los informes deben elaborarse de manera ágil y oportuna, generalmente en semanas, con el fin de advertir a las entidades de los riesgos de incumplimiento que se están generando y así logren minimizarse, antes de cometerlos. El poder vinculante en la contraloría del Perú solo se da en los informes de control posterior, el de los informes de control concurrente, no es vinculante. Esto quiere decir que el funcionario puede decidir y tomar en cuenta o no las recomendaciones. En este proceso, se activan los mecanismos de control social y el ecosistema de control e incluso de otras entidades de control que pueden actuar antes de que ocurran los hechos de corrupción”.

El contralor de Perú, en el mismo foro, explicó además que, en términos de eficiencia, este tipo de control le ha significado a la Contraloría de ese país en el año 2018 una relación de costo-beneficio de 1 a 10, “por cada millón de dólar invertido en funcionarios especializados, desplazamientos, tecnología y demás, necesarios para desarrollar el control concurrente; ha ahorrado el Estado 10 millones de dólares en penalidades no cobradas, en valorizaciones sobre valuadas y plazos de ejecución” (Contraloría General de la República, 2019).

- Brasil. Controlar es actuar preventivamente y no únicamente sancionar.

En Brasil el organismo de control externo es el Tribunal de Cuentas de la Unión que también funge como un ente técnico auxiliar del Congreso en ejercicio de su control político sobre la ejecución de los dineros públicos y la mejora de la administración pública. La fiscalización de la entidad comprende un control contable, financiero, presupuestal, operativo y patrimonial sobre los sujetos vigilados en lo atinente a su “legalidad, legitimidad y economicidad”, lo que podría encuadrar en un control numérico legal sobre las cuentas de los responsables de fondos o bienes públicos.

Dentro de sus acciones de control, se comprende la prevención, orientación, evaluación y recomendación de mejoras a la entidad, no solamente sancionar. En materia de contratación, por ejemplo, el Tribunal de Cuentas brasileño debe fiscalizar la inversión y destinación de los recursos públicos acorde a lo contratado, si en este ejercicio advierte irregularidades en la ejecución, puede solicitar al Congreso se suspenda el desembolso de fondos hasta que las faltas sean corregidas. Esto se conoce como la auditoría de conformidad.

Otro elemento del sistema de control fiscal en Brasil, es la facultad que tiene el Tribunal de Cuentas de la Unión (s.f.) de supervisar todas las fases de los procesos de privatización,

Durante el seguimiento, el Tribunal evalúa la conformidad de los procedimientos y la adecuación de los precios mínimos establecidos. Cuando sea necesario, en nombre del interés público bien como de la preservación de la hacienda pública, el Tribunal determina las correcciones aplicables para llevar a cabo, como ha ocurrido en varias ocasiones. Como una cuestión de control de calidad, el Tribunal impuso en los contratos la inclusión de indicadores de Calidad de Servicio y criterios de evaluación, para permitir a los usuarios finales la posibilidad de exigir de los concesionarios y del otorgante la excelencia del servicio acordado. El Tribunal supervisa también la subcontratación de servicios públicos a cargo de la Unión, controlando, así, en nombre del interés común, la actuación de los concesionarios. (párr. 10)

Esta actuación es innovadora, si la comparamos con los procesos de privatización que se han adelantado en Colombia, donde las negociaciones han lesionado el patrimonio público. La más reciente, la venta de ISAGEN, donde la Contraloría no pudo advertir los riesgos al patrimonio público, pese a la solicitud del senador Jorge Enrique Robledo, pues la facultad de advertencia a un proceso en ejecución fue excluida del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional (Caracol Radio, 2016). Frente a ese asunto la Contraloría sólo pudo limitarse a

publicaciones en medios de comunicación cuestionando las irregularidades que se desprendieron de la misma (El País, 2015).

- El caso Chile. Auditorías a procesos en ejecución, pero sin que impliquen coadministración.

La Contraloría General de la República de Chile, tiene como función fiscalizar la juridicidad de los actos de la Administración del Estado, el ingreso y la inversión de los fondos públicos y la probidad administrativa, resguardar el patrimonio público y verificar la exactitud y/o razonabilidad de sus estados financieros. En ejercicio del proceso auditor en cualquiera de las modalidades establecidas, la CGR no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas (Contraloría General de la República de Chile, 2015).

En Colombia, el control concomitante y preventivo procede mediante los mecanismos de auditoría establecidos o en ejercicio de la vigilancia fiscal, en especial: el acceso y análisis de la información, articulación con el control social y el control interno; acompañamiento en las instancias de asesoría, coordinación, planeación y decisión; acciones de especial seguimiento y, asistencia con voz a las audiencias de conciliación ante la PGR (Decreto Ley 403 de 2020, art. 57). Los mecanismos de seguimiento permanente y preventivo al recurso público están a cargo de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata⁹⁸, las Contralorías delegadas generales y sectoriales y otras dependencias.

Ahora bien, sobre el control preventivo que se expone en el Acto legislativo 04 de 2019 que modifica el numeral 13 del artículo 268, no existe aparentemente diferencia alguna con la

⁹⁸ La DIARI, es una dirección de la CGR creada mediante el Decreto 2037 de 2019 para determinar el manejo de procesos y procedimientos relacionados con el acceso, acopio, custodia, seguridad, uso, análisis y aprovechamiento de datos e información, en el marco de las acciones de vigilancia y control fiscal.

función de advertencia que reglaba el Decreto Ley 267 de 2000 y en la Circular 5 de 2007 de la CGR. Veamos:

Tabla 4.

Semejanzas entre el control preventivo y la función de advertencia

CONTROL PREVENTIVO AL04-19	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
Artículo 268 CN. No. 13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.	Decreto 267 de 2000. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la CGR: No. 7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados. sin que procediera de forma aislada, sino dentro de las metodologías establecidas por la Contraloría para el proceso auditor y allí se detectaran los posibles riesgos. Circular 5 del 21 de junio de 2007.
No implica coadministración	No implica coadministración
Se ejerce de manera excepcional según sea necesario para garantizar la defensa y protección al patrimonio público.	Aplicación excepcional en casos relevantes de acuerdo a las repercusiones que en las actuaciones de la administración pudieran generar,
Competencia exclusiva del Contralor General de la Nación	Contralor General de la República y Contralores Delegados
Se aplica ante un riesgo inminente de daño al patrimonio público	Se aplica ante graves riesgos que comprometan el patrimonio público

Fuente: Elaboración propia

Aunque se observan semejanzas entre estas figuras, sobre todo porque ambas han buscado en el ordenamiento jurídico la misma finalidad de proteger el patrimonio estatal, el hecho que el control concomitante y preventivo se aplique ante un riesgo inminente de daño y la función de advertencia procediera ante graves riesgos que comprometan el daño al patrimonio público, es un criterio útil que permite desmarcar al control concomitante y preventivo de la función de advertencia.

De acuerdo la *Guía para la Administración del Riesgo y el Diseño de Controles en las Entidades Públicas*, adoptada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el riesgo inminente supera al riesgo inherente que se define como aquel al que se enfrenta una

entidad en ausencia de acciones de la dirección para modificar su probabilidad de impacto. Esto implica entonces que el control de advertencia que trae la normatividad reciente, debe aplicarse previo al análisis del riesgo inminente a que pueda exponerse el patrimonio público, lo cual amerita un estudio serio y técnico (Gómez, 2020). Así se dispuso en el Decreto 403 de 2020, cuando se regló su aplicación de acuerdo a los criterios excepcionales de trascendencia social, alto impacto ambiental o alta connotación económica (art. 69).

Por añadidura, la presencia del riesgo inminente, aleja el control concomitante y preventivo de la función de advertencia, ya que la determinación de los graves riesgos que comprometieran el patrimonio público quedaba sujeto a la discrecionalidad de quien emitía la advertencia. Esto pudo evidenciarse al consultar las funciones de advertencia que se profirieron entre los años 2010 y 2014, periodo en que la frecuencia de este mecanismo fue muy cuestionada (Gómez, 2016, p. 196; Semana, 2015).

En el año 2017 se consultó en la página web de la CGR las 1053 advertencias que formuló el ente de control entre el año 2010 y 2014; observándose que no todas cumplieron los parámetros de excepcionalidad y la interpretación que se le dio a los graves riesgos que comprometieran el patrimonio público, no tuvo en consideración la cuantía del presunto daño. Estos algunos ejemplos:

Tabla 5.*Advertencias formuladas entre 2010-2014 sin cumplir carácter excepcional*

FECHA	ENTIDAD	CUANTÍA	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
17/09/2014	CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y SAN JORGE - CVS-	MONTO PRESUNTO: \$5.828.913	<p>FUNCIÓN DE ADVERTENCIA RELACIONADA CON LA INCLUSIÓN DE RENDIMIENTOS FINANCIEROS AL PRESUPUESTO</p> <p>Se advierte sobre los posibles riesgos de detrimento fiscal y se recomienda a la administración tomar todas las medidas que estime pertinentes para mitigarlo.</p>
9/09/2014	AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA	SIN CUANTÍA	<p>ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS EN CONTRATOS DE OBRA</p> <p>En desarrollo de la presente Actuación Especial; se determinó que en la planeación y estructuración de los procesos de contratación para obras de adecuación y mantenimiento; la AGR no incluyó los análisis de precios unitarios (APU) que deben soportar los cálculos de cada uno de los presupuesto oficiales que dieron origen a los Contratos de Adecuación y Mantenimiento Nos. 115-2011; 109-2011; 045-2012; 112-2013 y 060-2014; generando que durante la etapa precontractual no se aportaran a efectos de garantizar el principio de selección objetiva y que en la etapa contractual la AGR requiriera a los contratista esta documentación que sirve como herramienta de supervisión; ya que los APU establecen las cantidades y especificaciones de materiales; mano de obra; herramientas; transportes y demás elementos y costos directos necesarios para la correcta ejecución de las obras. La AGR debe garantizar el requerimiento de análisis de precios unitarios (APU); en los procesos contractuales de obras atendiendo lo establecido en el estatuto de contratación y así evitar el riesgo de detrimento patrimonial por posibles costos adicionales no contemplados.</p>
1/09/2014	AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA	SIN CUANTÍA	<p>ESPECIFICACIONES AIRES ACONDICIONADOS - CONTRATO AGR-060 DE 2014</p> <p>En la visita realizada por la CGR a la Gerencia Seccional IX - Villavicencio de la AGR los días 3 al 5 de junio de 2014; se observó que dicha Gerencia Seccional está en proceso de instalación y recepción de dos (2) unidades de Aire Acondicionado tipo Mini-Split del contrato n.º 060 de 2014 y se evidenció que dichos aires acondicionados no cumplen con las especificaciones técnicas contractuales; ya que la minuta del contrato establece que la capacidad de estos equipos debe ser como mínimo de 18.000 y 24.000 BTU en contraste con los equipos instalados que tienen una capacidad de 17.000 y 22.000 BTU respectivamente; capacidad inferior a la contractual; conforme al acta de visita suscrita con el gerente seccional de Villavicencio y al registro fotográfico presentado. Existe riesgo que la AGR reciba equipos con menor capacidad de enfriamiento a la pactada contractualmente con el posible detrimento patrimonial que se generaría.</p>

FECHA	ENTIDAD	CUANTÍA	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
13/06/2014	MUNICIPIO DE OPORAPA	MONTO PRESUNTO: \$2.676.420	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA DEVOLUCIÓN DE RENDIMIENTOS FINANCIEROS A LA DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL Se advierte que la no devolución oportuna al tesoro nacional de los rendimientos financieros de los recursos proyectos del FNR en liquidación; podría afectar la satisfacción de las necesidades financieras y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.
13/06/2014	MUNICIPIO DE LA PLATA - HUILA	MONTO PRESUNTO: \$7.286.126	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA DEVOLUCIÓN DE RENDIMIENTOS FINANCIEROS A LA DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL. Se advierte que la no devolución oportuna al Tesoro nacional de los rendimientos financieros de los recursos de los proyectos FNR en liquidación; puede afectar la satisfacción de las necesidades financieras y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.
9/06/2014	UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN		REGISTRO; CONTROL; MANEJO; USO Y CONSERVACIÓN PARQUE AUTOMOTOR DE LA UNP-DENUNCIA 2013-56443-82111-D Producto de las pruebas aplicadas para establecer los hechos relacionados con la denuncia n.º 2013-56443-82111-D; se evidencia incumplimiento del instructivo para registro; control; manejo; uso y conservación de vehículos; hecho que genera riesgos para los recursos públicos de persistir las situaciones advertidas y la entidad debe controles efectivos para evitar pérdida de vehículos y/o partes de los mismos y realizar mantenimientos a los vehículos por valores superiores al valor comercial del vehículo.
12/04/2013	E.S.E CENTRO DE SALUD SANTA RITA DE CASIA	MONTO PRESUNTO: \$5.874.925	CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS CON LA ESE SANTA RITA DE CASIA PARA LA EJECUCIÓN DEL PST 2010 Y 2011.- COMO RESULTADO DE LA ATENCIÓN DE LA DENUNCIA CIUDADANA 2011-34033-80154-0 Riesgo que se presentan en la contratación 2010 y 2011 con la ESE Santa Rita de Casia para la ejecución de las actividades del Plan de Salud Territorial de su municipio; con el fin de evitar un posible detrimento del erario por pérdida de los recursos del SGP - Salud Pública por valor total de \$5.874.925 al no darse la devolución de los dineros por parte de la referida ESE ante la evidencia de que se ejecutaron menos actividades de las canceladas por el municipio equivalentes al 11 % de lo contratado en la vigencia 2010 y al 26 % de lo contratado en la vigencia 2011.
14/12/2012	SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO	MONTO PRESUNTO: \$5.400.000	CONTRATO PRESTACIÓN SERVICIOS PROFESIONALES # 365 DE 2011 Por inconsistencias en la ejecución del contrato por prestación de servicios profesionales n.º 365/2011 entre la entidad y María Alejandra González Bolívar por el término 6 meses y el valor de \$ 5.400.000; donde la CGR advierte a la Superintendencia sobre el riesgo de los recursos pagados al contratista por \$ 5.400.000 de no

FECHA	ENTIDAD	CUANTÍA	FUNCIÓN DE ADVERTENCIA
			realizarse las gestiones necesarias para garantizar la correcta ejecución o la efectividad de los garantías que amparan el mismo. Acción adelantada: Con respecto al contrato 365 de 2011 se cumplió con el Objeto del contrato.
29/12/2011	GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE TOLIMA	MONTO PRESUNTO: \$67.090.000	INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN LUIS GONZAGA DEL ESPINAL CONVENIO 1346 DE 2008 Dentro del convenio se encuentran tres inversiones (un galpón; lombricario; porqueriza) que no se han puesto en funcionamiento ni se ha hecho el mantenimiento; encontrándose en estado de abandono; no hay utilidad social Acción adelantada: mediante oficio de enero 24 de 2012, dirigido al secretario de educación y cultura y firmado por el rector de la institución educativa técnica San Luis Gonzaga, informa que no le entregaron ningún proyecto de explotación agropecuaria o pecuaria, y no es posible poner a funcionar el galpón y la porqueriza, ya que dichas obras no están conectadas a ninguna alcantarilla para el aseo que se requiere y quedan continuas a un lote de cultivo que se fumiga con plaguicidas, lo que afecta la explotación porcina y avícola. En cuanto al proyecto lombricultivo, se requiere recursos financieros y seguridad.
22/07/2010	MUNICIPIO DE PALERMO	MONTO PRESUNTO: \$1.000.000	IMPACTO AMBIENTAL POR EXPLOTACIÓN ILEGAL DE ORO Y ALUVIÓN EN LAS RIBERAS DEL RÍO MAGDALENA Se advierte sobre el impacto ambiental causado por explotación ilegal de oro y aluvión en las riberas del río Magdalena; en la vereda el Juncal; fincas La Conquista; Garrapatero y Saigón; y vereda Betania; finca Papagayo; jurisdicción del Municipio de Palermo; Huila.

Fuente: CGR, Oficina de Control Interno

Si bien las advertencias expuestas solo representan el 0.9 % de las formuladas y, fueron presentadas en ejercicio de una función legítima por parte de la entidad de control, puede verse que no se tenía en consideración la cuantía, ni los hechos generaban gran impacto de riesgo al patrimonio para ser objeto de advertencia y estos podían presentarse en curso de una auditoría al sujeto vigilado como hallazgos⁹⁹.

⁹⁹ La falta de criterio excepcional para aplicar la función de advertencia en el periodo 2010-2014, podría advertirnos del “activismo fiscal”, el cual pudo haber llamado la atención de la Corte Constitucional, por el riesgo que podría generarse con un uso exacerbado de esta función y que trajo como consecuencia que esta herramienta fuera

3.1.2. Sentencia C-140 de 2020. Constitucionalidad del control concomitante y preventivo. ¿Se supera el temor al control previo y la coadministración?

En el mes de octubre de 2020, se demandó la constitucionalidad del Acto Legislativo 04 de 2019. Las pretensiones del actor se basaron primordialmente en que los incisos segundo y tercero del artículo 1 y el artículo 2 n.º 13, al incluir el control preventivo y concomitante como complemento del control posterior y selectivo, “se generan graves interferencias en las competencias de las autoridades a cargo de ejercer una gestión fiscal”. Por tanto, el Congreso de la República excedió su poder de reforma y sustituyó pilares esenciales de la Constitución, en concreto la separación de poderes consagrada en los artículos 1, 5, 113, 121 y el CPS contenido en los artículos 119 y 267 de la Carta.

Correspondió entonces a la Corte realizar un juicio de sustitución constitucional con base en el principio de separación de poderes como eje definitorio de la Constitución y la reforma introducida a través del acto legislativo 04 de 2019 (*premisa mayor*), para establecer si las modificaciones introducidas al control fiscal sustituyen algún eje definitorio de la Constitución Política (*premisa menor*).

En el análisis de la premisa mayor, la sentencia ratificó el carácter fundante del principio de separación de poderes como cualidad imperante desde el diseño constitucional presentado en la ANC, el cual, se combina con el principio de colaboración armónica, “en un sistema de pesos

declarada inexecutable. ¿Significa entonces que la Sentencia C-103 de 15 fue un caso del poder contramayoritario del Tribunal como órgano de cierre? Jiménez (2021.) sostiene que la práctica judicial es de buena fe que busca los mejores resultados y teorías morales, aunque es incompleta porque privilegia el rol judicial como el más óptimo para la defensa de la igualdad, la individualidad y las minorías dentro de las concepciones morales mayoritarias y legislativas, que deben orientarse a un sistema integral de lectura moral que equipare el nivel de confianza logrado por los jueces (p. 152). Lo cierto es que la pluricitada sentencia debió aplicar una interpretación coherente con su jurisprudencia y apelar al diálogo institucional, aplicando el principio de inmediatez que le permitiera conocer directamente los criterios de vigilancia de la gestión fiscal que aplica la CGR para la protección del patrimonio público. Propiciar un espacio de deliberación hubiera podido evitar todo lo que se hubiere invertido en el trámite legislativo que implementó el control concomitante y preventivo.

y contrapesos lo que permite articular la división funcional y el control interinstitucional con la interacción y la colaboración armónica para el logro de los fines del Estado”¹⁰⁰. En consecuencia, aunque el principio en mención, busca garantizar la autonomía de cada órgano en cumplimiento de sus funciones, debe sincronizarse con la colaboración armónica en el logro de un mejor desempeño de la actividad estatal.

A su vez, la Corte acogió lo expresado en su sentencia C- 716 de 2002, sobre la necesidad de conservar el patrimonio público y de una instancia que garantice y verifique su correcta ejecución, sancionando las conductas indebidas o pérdidas innecesarias de fondos públicos; para reconocer que el control fiscal constituye una herramienta eficaz e idónea para ello, mediante la verificación del correcto manejo de los recursos del Estado y si en ejercicio de la gestión fiscal se cumplen los fines constitucionales y misionales de las entidades.

En la Sentencia C-140 de 2020 sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 04 de 2019¹⁰¹, se hizo alusión a la Sentencia C-103 de 2015 justificando que, este precedente y el contenido en la Sentencia C- 470 de 2017¹⁰², que aplicaron la prevalencia del carácter restrictivo del control fiscal mediante la aplicación en forma posterior y selectiva, como único sistema de control a cargo de la CGR, obedecieron al respeto propio que la corporación le profesa a los lineamientos constitucionales, pues,

se atendió al simple control que se ejerce respecto de la verificación de una oposición objetiva entre la disposición demandada y el texto constitucional. Sin embargo, ello no implica que la Corte hubiere dado el rango de eje identitario de la Carta Política al control posterior y selectivo y

¹⁰⁰ Corte Constitucional, (6 de mayo de 2020) C-140.

¹⁰¹ Los criterios acogidos en la sentencia C-140 de 2020 configuraron cosa juzgada constitucional en las Sentencias C-198-20 y la C-492-20.

¹⁰² En esa sentencia se estudió la constitucionalidad de los instrumentos para facilitar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final de Paz.

más aún que este fuera el único medio a través del cual se pudiera ejercer el control fiscal. (Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2020)

Siguiendo con el juicio de sustitución, sobre la premisa menor, se partió de la evolución del control fiscal, la estructura establecida en la Constitución original y el Acto Legislativo 04 de 2019. Se hizo un breve recorrido de la normatividad vigente bajo la Constitución de 1886, el Departamento de Contraloría, su naturaleza jurídica y los sistemas de control vigentes, con especial atención en el control previo, su problemática y alcance. De igual manera, se expuso el estudio en la ANC de la inconveniencia del control previo y de la necesidad de un CPS en marco de la evaluación de resultados de la gestión fiscal de la administración. Lo que significa que se construyó el mismo antecedente histórico para la C-140 de 2020 como para la C-103 de 2015.

No obstante, la argumentación e interpretación de las mismas normas que sirvieron de fundamento a la Sentencia C-103 de 2015 varió sustancialmente y se consideró que, aunque el esquema inicial constitucional se refirió principalmente a un control posterior y selectivo, a fin de evitar cualquier forma de intromisión en las decisiones de los gestores fiscales, el nuevo diseño constitucional que implementó el control concomitante y preventivo se aviene a la Constitución y no la sustituye, porque con esta modificación se buscó un control fiscal más eficiente,

concentrando parte de su actividad en la prevención de daños sobre los cuales se establece la existencia de un riesgo, de forma que el órgano de control pueda hacer el seguimiento de los procesos de contratación en curso y señalar al gestor fiscal cuando lo vea indispensable, los eventuales riesgos para que estos no se materialicen en daños contra el patrimonio público.

(...) La reforma constitucional así vista, plasma una gran preocupación mundial de estos tiempos, cual es la prevención de los riesgos de corrupción a los cuales se exponen los recursos públicos. La corrupción empobrece las naciones, y atrasa las posibilidades de desarrollo en todos los campos.

De allí que puede advertirse que constituyente derivado advirtió necesaria una reforma al control fiscal, con miras al control del anotado riesgo. (Corte Constitucional, C-140-20)

3.2. Vigilancia y control fiscal. Dos criterios diferenciados para el control posterior y el concomitante y preventivo

Antes de la expedición del Acto Legislativo 04 de 2019, con la finalidad de proteger de manera integral el patrimonio público, se diferenciaba la vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal. Desde luego no era una interpretación arbitraria, esta se basaba en los artículos 119 y 268 n.º 9 de la Constitución, en la Ley 42 de 1993 y en el Decreto 267 de 2000.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 119 constitucional, ha sido claro para la CGR que la vigilancia de la gestión fiscal es su función exclusiva y en ella se incluye el ejercicio del control fiscal. En el artículo 267, por su parte, se desarrolla lo correspondiente al control fiscal, quién la ejerce, su carácter posterior y selectivo, concomitante y preventivo y, los sistemas que incluye.

Así mismo, el numeral 9 del artículo 268, facultó a la CGR para presentar proyectos de ley relativos al control fiscal. En aplicación a este precepto a través de la Ley 42 de 1993, desarrolló los sistemas de control fiscal y lo pertinente al control financiero, quienes eran sus sujetos de control. Solo a la vigilancia de la gestión fiscal como punto de partida, el artículo 8 de la Ley 42, definió sus principios, los cuales se aplican sobre la gestión fiscal tanto de la administración como de los particulares en relación al manejo de recursos del Estado.

Por su parte, el Decreto Ley 267 de 2000 (antes de su modificación por el Decreto Ley 403 de 2020) contemplaba, entre otros, dos objetivos misionales en la labor de la CGR, vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos y, evaluar los resultados de las organizaciones y entidades del Estado en el adecuado manejo del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente (art. 5).

No obstante estas precisiones normativas, la diferenciación que ha hecho el órgano de control de la vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal, se ha expuesto en otros momentos. Un primer momento puede consultarse en la intervención que, ante la Corte Constitucional realizó el entonces contralor Antonio Hernández Gamarra, en el proceso de constitucionalidad del artículo 4 n.º 8 del Decreto Ley 267 de 2000 sobre la calidad de sujeto de control de la AGR. Allí, se refirió a la cláusula general de competencia que en materia de control fiscal, se establece en el artículo 119 de la Constitución para ejercer la vigilancia exclusiva sobre la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, función que se desarrolla en los artículos 267, 272 de la Constitución Política y en la Ley 42 de 1993 (Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2004).

También, la Circular 05 de 2007 de la Contraloría General de la República que reguló la función de advertencia, basaba este mecanismo en los preceptos constitucionales y legales antedichos, en cuanto a la función de vigilancia fiscal de la Contraloría. Así las cosas, la vigilancia de la gestión fiscal debía hacerse en tiempo real, de forma técnica y oportuna mediante la prevención y reducción de los riesgos que pudieran afectar los bienes y fondos públicos:

Aquí vale la pena destacar que las acciones propias de esta especial función están en contexto con la función marco de vigilancia, la cual no presupone interferir en la órbita de funciones de la administración, se trata solamente, como su nombre lo indica, sin perjuicio del ejercicio del control fiscal posterior, de tomar las acciones del caso, frente a una eventual falta de diligencia a cargo del gestor fiscal, respecto de la situación irregular puesta de presente en oportunidad y tiempo real para evitar consecuencias nocivas al patrimonio público. (CGR, Circular 05 de 2007)

En el *Informe de gestión 2010-2011* se pretendió precisar el alcance del artículo 267 constitucional, al diferenciar el control fiscal como una categoría genérica que el constituyente divide en vigilancia y el control fiscal propiamente dicho del que se predica su carácter posterior

y selectivo. Buscando la oportunidad del control fiscal, se explicó en el informe que, durante ese primer año de gestión, se crearon varios grupos de reacción inmediata para ejercer un control posterior en forma oportuna.

Se mencionó además la existencia de la vigilancia fiscal invocando su significado lingüístico: vigilancia significa “Cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno” y Fiscal “El actuar económico o patrimonial del Estado, como persona jurídica de Derecho Público”; entendiéndose que... puede ser desarrollado por personas de derecho privado (CGR, 2011, p. 18)

Por su parte, el *Informe de gestión* al Congreso del periodo 2010-2014, se tocó nuevamente la diferenciación entre control fiscal y vigilancia, aclarándose que el control posterior se realiza a través de las auditorías y los procesos de responsabilidad fiscal y, la vigilancia, a través del seguimiento en tiempo real y las funciones de advertencia, sin que el actuar del órgano de control se limite exclusivamente al control posterior, sino a advertir sobre los posibles riesgos sobre el manejo de los recursos públicos.

También la Corte Constitucional ha apostado a distinguir la función de vigilancia y la de control fiscal propiamente dicha, también tiene naturaleza jurisprudencial. Antes de proferirse la Sentencia C-105 de 2013, la Corte Constitucional pretendió diferenciar estas dos líneas en varios pronunciamientos.

En la Sentencia C-167 de 1995, se habla que el texto constitucional posibilita la reorientación del control fiscal que, además de la protección del patrimonio público y la exactitud de las operaciones y de su legalidad se deberá ocupar del “control de resultados”, que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2 de la norma

constitucional. Se asume entonces que la protección del patrimonio se predica de un seguimiento permanente a través de la vigilancia fiscal y la exactitud de las operaciones, legalidad, evaluación de resultados, a través de las metodologías del control fiscal, posterior y selectivo dentro del proceso auditor a través del control financiero, legalidad, resultados, interno y la rendición de la cuenta.

Así mismo se indicó que, con la promulgación de la Constitución del 91, la función pública del control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida de que la actividad 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, economía, equidad y valoración de los costos ambientales.

Ha de entenderse que, es la función de vigilancia, dado su significado de permanencia, porque se debe estar pendiente de los dineros públicos, encuadra en la filosofía del Estado social de derecho, como un término genérico; en tanto que, a través del control fiscal, lo específico, se puede establecer una vez aplicadas las metodologías correspondientes si la gestión fiscal se realizó en términos de eficacia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales. Esto se desprende además de la Sentencia C-623 de 1999 que aludió a la vigilancia de gestión fiscal, sobre todas las entidades públicas, y los particulares y entidades que manejen bienes o fondos de la nación y un control posterior y selectivo que comprendía el control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Por su parte, en la Sentencia C-648 de 2002, se establece una diferenciación entre control fiscal y vigilancia de la gestión fiscal. Se menciona que el control fiscal ahora vigila la gestión fiscal de quienes manejan fondos o bienes públicos y se ejerce en forma posterior y selectiva. En

tanto que, la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de manera integral, incluyendo un conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes al adecuado manejo de los recursos públicos para cumplir los fines esenciales del Estado; actividad que, desde luego comprende el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en los principios de legalidad eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y la valoración de los costos ambientales.

La Sentencia C-967 del 21 de noviembre de 2012, sí fue más enfática en tal distinción. En esta, se indicó que, en el nuevo modelo del control fiscal, se acogió la abolición del control previo para evitar la coadministración y la decisión de contar con un órgano autónomo e independiente a cargo de la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración como lo establece el artículo 119,

Sin embargo, el artículo 267 reconoció en el control fiscal una función pública que se ejerce de manera “posterior y selectiva”, separando claramente las labores administrativas de las de vigilancia fiscal, ante la “necesidad de asegurar que los organismos de control actúen con plena objetividad, imparcialidad e independencia, porque no sería lógico que luego de haber intervenido en la ejecución de ciertas actividades, un organismo se convirtiera desapasionadamente en juez de sí mismo”. (Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2012)

En la actualidad, tanto la vigilancia de la gestión fiscal como el control fiscal, han sido definidos por el constituyente derivado en el Acto Legislativo de 2019, donde se atribuyó la calidad de función pública tanto a la vigilancia —que comprende un seguimiento permanente al recurso público— como al control fiscal, ejercido en forma posterior y selectiva, concomitante y preventiva.

Así mismo, en el Decreto 403 de 2020, el artículo 2 define la vigilancia como la función pública de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen

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

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

El Consejo de Estado, en reciente consulta sobre el control fiscal derivado, esto es, el proceso de responsabilidad fiscal, se refirió a las definiciones de vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal del Decreto 403 como pertinentes en la finalidad de “no dejar ninguna parte del patrimonio público sin la cobertura de los mecanismos de vigilancia y control fiscales establecidos por las nuevas normas constitucionales y legales que las desarrollan” (Consejo de Estado, Rad. 11001-03-06-000-2020-00001-00 (2442) de 2020).

3.4. Conexión interpretativa de la vigilancia y el control fiscal con los principios fundantes de la Constitución

Las reformas planteadas por el constituyente de 1991 entorno al control fiscal, se cifraban en superar las falencias que se tuvieron en el pasado con la fiscalización a los recursos públicos en cuanto a la Contraloría y los sistemas de control, en especial, el cambio del control previo al control posterior y selectivo y la evaluación de la gestión y resultados de la administración. No obstante, dentro de las discusiones de los asambleístas no se evidenció la construcción de este nuevo control fiscal bajo la concepción del Estado social de derecho que regiría el destino de la nación. De esta tarea se encargó la Corte Constitucional que, a través de diversos pronunciamientos, ha establecido la relación entre el control fiscal concebido en la Constitución de 1991 y sus principios fundantes mediante la interacción entre la vigilancia de los recursos públicos y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado social de derecho¹⁰³.

Ahora, la estructura del sistema de control fiscal que presenta el Acto Legislativo 04 de 2019 y el Decreto Ley 403 de 2020, condensan todo el desarrollo jurisprudencial de la Corte y precisan importancia de la función de fiscalización en el marco del Estado social de derecho buscando la protección integral del patrimonio público. Estos aspectos se precisan en los diferentes momentos de fiscalización definidos con el control concomitante y preventivo y el control posterior y selectivo, como se ha descrito en este trabajo de investigación, con la descripción del objeto y el sujeto de la vigilancia y control y la concepción de nuevos principios para el ejercicio fiscalizador, establecidos el mentado decreto.

¹⁰³ Según Valencia (2018), los principios son fuentes formales del derecho y valores fundamentales sociales y bilaterales en una comunidad. Para el autor, los principios tienen dos acepciones: “como proceso, por ser la preexistencia de un valor fundamental y social, cuya aprehensión por parte de la comunidad, el pueblo o el constituyente primario, le genera la convicción de obligatoriedad coercible de ese mismo valor; y como resultado de ese proceso, porque es una norma jurídica fundamental, imperativa, universal, tópica, axiológica e implícita o explícitamente positiva, que sirve para crear, interpretar e integrar el ordenamiento” (p. 16).

El precepto indica que, el objeto de vigilancia y control fiscal comprende, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos. (Decreto 403, art. 2)

Por su parte, son sujetos de fiscalización, los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título¹⁰⁴ recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos.

De igual manera, el artículo 3 del Decreto 403, amplió el espectro de principios de vigilancia y control fiscal que se definían en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993, incluyendo la concurrencia en la vigilancia con las contralorías territoriales; la coordinación con los demás

¹⁰⁴ Aparece nuevamente en el artículo 2 del Decreto 403, la frase “a cualquier título” que fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Ley 20 de 1975, por ser una afirmación indefinida. En nuestro ordenamiento jurídico, ocurre lo mismo y adicionalmente, es contraria a lo que define el artículo 3 de la Ley 610 como gestión fiscal, el cual predica unas acciones sobre los recursos públicos en cabeza de quien los maneje o administre. La Corte Constitucional precisó que la gestión fiscal: “comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo... cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólidum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente” (Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001).

órganos de control fiscal; el principio de desarrollo sostenible en la preservación de los recursos naturales y su oferta para el beneficio de las generaciones futuras; el efecto disuasivo para generar conciencia en los sujetos vigilados a partir de las consecuencias derivadas del ejercicio de vigilancia y control fiscal.

Se definieron como principios, además, la especialización técnica del ente fiscalizador, la inoponibilidad en el acceso a la información requerida por los órganos de control fiscal; la tecnificación, mediante el apoyo en la gestión de la información; la competencia prevalente de la Contraloría, el criterio selectivo en la aplicación de los sistemas de control fiscal y subsidiariedad.

Finalmente, respaldando la *vis expansiva* de la vigilancia y control fiscal como mecanismo de protección al patrimonio público, se consagraron como principios, la integralidad y la oportunidad. El primero,

comprende todas las actividades del respectivo sujeto de control desde una perspectiva macro y micro, sin perjuicio de la selectividad, con el fin de evaluar de manera cabal y completa los planes, programas, proyectos, procesos y operaciones materia de examen y los beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, los planes y sus metas cualitativas y cuantitativas, y su vinculación con las políticas gubernamentales. (Decreto 403 de 2020, artículo 3, literal m.)

El principio de oportunidad, implica que las acciones de vigilancia y control fiscal, preventivas o posteriores, se realicen en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, esto es, cuando contribuyan a la defensa y protección del patrimonio público, al fortalecimiento del control social sobre el uso de los recursos y a la generación de efectos disuasivos frente malas prácticas en la gestión fiscal (artículo 2, literal n.)

Así las cosas, con la conjugación de estos nuevos elementos, a partir de la integración de la vigilancia de la gestión fiscal, el control fiscal y el Estado social de derecho, se da una sinergia con varios principios fundantes de la Constitución que no se puede desconocer y que conlleva el desarrollo adecuado del sistema de control fiscal, que no solo se aplica por las Contralorías, hacen parte además, la administración pública a través del control interno y la ciudadanía mediante el control el fiscal participativo y la AGR que vigila y controla su funcionamiento.

3.4.1. Estado social del derecho

En el marco del Estado social de derecho, la Constitución dispuso además de las reglas jurídicas, una serie de principios que, a la luz del nuevo derecho, son prevalentes frente a las demás normas. El carácter vinculante de los principios, ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional en diferentes providencias y su intérprete debe entender que:

La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992)

Desde su aspecto orgánico y funcional, el control fiscal ha seguido anclado al sistema numérico legal propio de la democracia liberal donde la vigilancia busca solo preservar el patrimonio estatal. En este sistema, el operador fiscal está sometido solo al imperio de la ley, lo

que se ajusta a los parámetros constitucionales del artículo 230 donde los jueces solo están sometidos al imperio de la Ley y la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de interpretación. Empero, la aplicación de la ley por encima de los principios generales del derecho, ha sido un aspecto que distancia al control fiscal del Estado constitucional contemporáneo, al quedarse corto en la medición de los resultados acordes a los fines del Estado social de derecho y a la protección del interés general.

A la luz del Estado social de derecho, el control fiscal es uno de los principales controles dentro del sistema de frenos y contrapesos dentro del principio de la separación de poderes, dada la importancia que reviste la protección del patrimonio público dentro de toda la actividad estatal. Por tanto, la función de vigilancia y control fiscal a través del CPS y el CCP, no puede ejercerse únicamente aplicando la ley y debe orientarse a la efectividad del Estado social de derecho¹⁰⁵ y a los principios de eficacia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales.

La percepción anterior le da una nueva dimensión al control fiscal y lo acerca más al sentido que se busca al denominarlo como una función pública. Sobre la nueva dimensión que adquirió la función pública de control fiscal dentro del Estado social, señaló la Corte Constitucional en Sentencia 167 de 1995:

(...) Es bajo este orden de ideas que el constituyente colombiano institucionalizó varios sistemas de controles entre los cuales se destaca el control fiscal, que comprende la “gestión fiscal de la administración” que no sólo se limita a la Rama Ejecutiva del poder público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y a los particulares que manejen fondos o bienes de la

¹⁰⁵ La Sentencia T-406 de 1992, ha sido la carta de navegación para entender el Estado social de derecho, concepción que se integra por el estado de bienestar y el estado constitucional democrático. El control fiscal debe direccionarse a la vigilancia de la inversión de recursos públicos, buscando el cumplimiento en la prestación de servicios para la satisfacción de necesidades salud, educación, alimentación, vivienda, saneamiento y agua potable. Con ello garantizar el principio de efectividad contenido en el artículo 2 de la Constitución Política.

Nación. La doctrina nacional ha señalado con acierto el fundamento que posee el control fiscal cuando dice: “El principio superior sobre el cual se basa toda teoría de control de la función pública, es la soberanía nacional, es decir, el poder que posee la Nación, por conducto de sus representantes, no solamente al fijar los ingresos y los gastos públicos según las necesidades generales sino de asegurarse al mismo tiempo, que los fondos han quedado realmente afectados a los fines para los cuales fueron creados y destinados...”

3.4.2. Principio democrático y de legalidad del gasto público

Siguiendo la argumentación respecto al control fiscal y los principios fundantes constitucionales, se llega al principio democrático. Durante la vigencia de la Constitución de 1886, la relación del control fiscal y la democracia se fundaba en el principio de representación y la legalidad del gasto público. Ya se ha hablado del carácter numérico-legal del control fiscal sobre las cuentas rendidas por los responsables del erario y la fiscalización a las erogaciones por parte de la administración y de particulares en ejercicio de funciones públicas. En la Constitución de 1991 también hace presencia la democracia representativa, en razón a la simetría que existe entre el control fiscal, la función tributaria y presupuestal del Congreso en la priorización del gasto público social y la prestación de servicios públicos (Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1993) y, adicionalmente, se incluye la participación de la ciudadanía en la vigilancia de la gestión pública, siendo este uno de los aspectos fundamentales a partir de esta Carta Política.

El principio de representación entonces, se consagra en diferentes preceptos de la Constitución junto con el principio de legalidad del gasto público. Por ejemplo, en el artículo 345 de la Constitución Política, se impide percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, hacer erogación con cargo al Tesoro, que no se halle incluida en el presupuesto de gastos y, la procedencia del gasto público desde que se haya decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales.

También, la consagración constitucional de la distribución de recursos públicos y sus competencias entre la nación, departamentos, distritos y municipios a través del sistema general de participaciones y regalías, contenidos en el artículo 356 de la Constitución y siguientes, que buscan el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población; en especial, la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, esto es, el principio del gasto público social, el cual, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

3.4.3. Principio democrático y la participación ciudadana

El principio democrático en la Constitución de 1991 adquiere una nueva dimensión. La fuerza adquirida por el pueblo dentro del ordenamiento jurídico ha sido reconocida por la Corte Constitucional, que ha sostenido que,

(i) el Pueblo es poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público y por ello de él se deriva la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, (ii) que el Pueblo, a través de sus representantes o directamente, crea el derecho al que se subordinan los órganos del Estado y los habitantes, (iii) que el Pueblo decide la conformación de los órganos mediante los cuales actúa el poder público, mediante actos electivos y (iv) que el Pueblo y las organizaciones a partir de las cuales se articula, intervienen en el ejercicio y control del poder público, a través de sus representantes o directamente. (Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2015 y Sentencia C-018 de 2018).

En esta línea, el concepto de ciudadano concierne al

Individuo miembro del cuerpo social, que interviene en la formación del gobierno, que participa en la sanción de la Constitución y de las leyes por medio de sus representantes, que está facultado para controlar el desempeño de las funciones públicas y que asume una parte de la responsabilidad que incumbe al pueblo, como titular de la soberanía. (Sánchez, como se citó en Ossorio, 1981)

Por ende, la ciudadanía organizada se convierte en otra herramienta de control que pone en movimiento la fiscalización de los recursos públicos, pues

Sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad. (Arboleda *et al.*, 2021, p. 245)

Se tiene entonces que, la Constitución de 1991 amplió la connotación del principio democrático, pues ya no solo se refleja en la democracia representativa o delegativa (O'Donnell, 1994), materializada en la participación en procesos electorales, ni circunscrita al ámbito político y administrativo, sino la participación ciudadana en todas las decisiones que interesen en el entorno social y personal. Esta nueva forma de democracia incluye además el pluralismo que reconoce la diferencia y la heterogeneidad de la sociedad, sin importar ideologías, religión, raza o género, condición o grupo social al que pertenezcan.

En este orden de ideas, la democracia participativa se consagra en la Carta Política como un deber del Estado para facilitar la participación del ciudadano en las decisiones que les afectan, en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación (artículo 2); participación en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40) y en la vigilancia de la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados (artículo 270).

Ha sido labor del Estado fortalecer acciones relacionadas con la participación y el derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, así como acciones de control social frente a la gestión pública. Se ha establecido el control social a la gestión pública territorial, se crearon las veedurías ciudadanas para ejercer vigilancia preventiva y posterior a la

gestión pública con el fin de fortalecer mecanismos de control en la contratación estatal, contribuir al mejoramiento de la administración pública y combatir la corrupción.

Las veedurías ciudadanas están facultadas para intervenir en la rendición de cuentas de las autoridades públicas, vigilar de manera preventiva y posterior la correcta inversión de los recursos y velar por los intereses de la comunidad. La facultad de vigilancia comprende procesos de planeación, la asignación de presupuestos a las necesidades básicas insatisfechas, legalidad en los procesos contractuales; solicitudes de información a los ejecutores de programas y proyectos que tengan relación con los recursos públicos. De igual manera, poner en movimiento a las autoridades competentes a través de alertas o denuncias cuando tenga conocimiento de escenarios irregulares en este sentido (Ley 850 de 2003).

Por su parte, la Ley 1757 de 2015, reguló la rendición de cuentas y el control social a lo público a través de diferentes organizaciones o instancias de participación, propendiendo por la cultura de lo público y prevenir riesgos y hechos que afecten el manejo de los recursos públicos. En la norma se implementaron los acuerdos participativos en busca de la participación de la ciudadanía en el presupuesto de los Gobiernos regionales y locales, así como en la vigilancia y fiscalización de dichos recursos. En tales espacios se promueve la comunicación y el diálogo participativo como mecanismo democrático para la participación ciudadana y el fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil. Adicionalmente se establece la financiación de la participación ciudadana, aunque aún no se cuenta con una regulación concreta sobre este particular.

En esta última norma, puede observarse cómo el legislador acatando lo dispuesto en la Constitución, deja de lado la concepción de democracia representativa como único mecanismo de participación y transita hacia otros modelos alternativos, de los que se espera, se pueda llegar

a la democracia deliberativa donde no solo se busque el querer y el interés general expresado mediante el sufragio, sino, el conocimiento para construir diálogos y la deliberación colectiva que antecede a dicha expresión (Corte Constitucional, Sentencia C-105 de 2013).

La participación de la ciudadanía representa un aporte significativo al control fiscal para estructurar sus planes de vigilancia y control, determinar riesgos que afecten la correcta inversión de los recursos públicos, conocer casos de corrupción y colaborar en la mejora de los procesos misionales de los órganos de control. Por tanto, se requieren unas veedurías, organizaciones civiles y ciudadanos atentos y dispuestos para la vigilancia de los recursos públicos con la debida formación en los asuntos objeto de seguimiento. Bajo este contexto la democracia participativa y la deliberativa se complementan en beneficio del empoderamiento al ciudadano para emitir argumentos suficientes y persuasivos al momento de tomar decisiones relevantes en relación con el patrimonio público¹⁰⁶.

En el caso de la CGR, desde la expedición del Decreto Ley 267 de 2000 se ha establecido dentro de sus funciones, la generación de una cultura de control al patrimonio del Estado y de la gestión pública a través de la promoción del control fiscal participativo. La Contraloría Delegada de Participación Ciudadana, se ha encargado de implementar canales de interacción entre la ciudadanía y el órgano de control mediante la recepción de denuncias o propuestas ciudadanas relacionadas con el control a los recursos estatales; el diseño de estrategias para la promoción de la participación ciudadana, liderar audiencias públicas de interés en la comunidad, apoyar a las

¹⁰⁶ Un Estado democrático fuerte, según la democracia deliberativa de Habermas, procura por una ciudadanía y una opinión pública competente en asuntos públicos. Los derechos cívicos, en especial los de participación y comunicación son considerados libertades positivas que le permiten al ciudadano ser sujeto políticamente responsable de una comunidad de personas libres e iguales (Domínguez, 2013).

veedurías organizadas por la sociedad civil y articular su inclusión dentro de los procesos de auditoría (Decreto Ley 267 de 2000, artículo 55)¹⁰⁷.

Se han dispuesto diferentes mecanismos institucionales, en cumplimiento de estas disposiciones por parte de la CGR que le han permitido avanzar en estrategias de control fiscal participativo. Por ejemplo, en el *Informe de gestión* correspondiente al periodo 2019-2020 a través de la Contraloría Delegada de Participación Ciudadana, se hizo acompañamiento a la ciudadanía en su “derecho de vigilar la gestión pública” donde se obtuvieron en el 2019, beneficios registrados correspondientes a \$46.831 millones. También, se apoyaron otras intervenciones que se reportaron de impacto positivo para la ciudadanía, como son los casos de la entrada en operación del aeropuerto internacional de Leticia, la revisión de obras y puesta en operación del puente Pumarejo entre Atlántico y Magdalena a través de una veeduría ciudadana conformada por especialistas en temas constructivos. Adicionalmente, el órgano de control participó en el apoyo a la organización de veedurías públicas, conformándose en ese año, un total de 83 veedurías ciudadanas (CGR, 2019).

Por su parte, el informe final de Auditoría Regular a la Contraloría General de la República correspondiente a la vigencia 2019 (AGR, 2020), indicó que, en este periodo, la entidad tramitó 19.012 requerimientos recepcionados a través de correos electrónicos, medios masivos de comunicación, página web, correo físico o postal, vía telefónica, redes sociales, de manera personal y otros. En este informe de la AGR, se evidencia cómo el correo electrónico y físico fueron los más utilizados por la ciudadanía durante las vigencias 2017, 2018 y 2019 y cómo, durante el último año se aumentó significativamente el uso de las redes sociales para presentar requerimientos en asuntos de competencia del ente fiscalizador (AGR, 2020).

¹⁰⁷ Con la Resolución Ejecutiva 0049 del 11 de abril de 2019, la Contraloría General de la República adoptó el sistema de control fiscal participativo.

Esta pequeña muestra, puede dilucidar la importancia del principio democrático y el control fiscal, a través de la forma de control participativo utilizado por la ciudadanía. En las tareas de la Contraloría, esta participación se materializa con los requerimientos (peticiones, quejas o denuncias) y que se tuvo un aumento considerable por el uso de las redes sociales. No obstante, en cuanto a la conformación de veedurías ciudadanas, podría decirse que aún falta un número significativo de organizaciones civiles y sociales que contribuyan a la vigilancia de los sectores estatales desde las localidades, por ejemplo, organizaciones activas en la elaboración de los presupuestos territoriales, siguiendo modelos exitosos como los de Brasil (De Sousa, 2004) e India (Evans, 2007).

Recientemente con la Resolución Ejecutiva 0049 de 2019 expedida por la CGR, que adoptó el sistema de control fiscal participativo, el control social se convierte en un insumo para el ejercicio del control fiscal, aportando herramientas para potenciar el ejercicio autónomo del control social a lo público y proponer mejoras para que la gestión pública sea más efectiva en la garantía de los derechos ciudadanos. Desde la órbita funcional de la Contraloría, se estructuran sus fundamentos, procesos y herramientas tecnológicas y se diseñan una serie de mecanismos que pueden mejorar la participación activa de la ciudadanía en la vigilancia de la gestión de los recursos públicos¹⁰⁸.

Entre los aspectos más destacados se tiene la gestión de intervenciones del control fiscal participativo, que busca la caracterización del nivel de desarrollo de la ciudadanía en el ejercicio del control social a partir de su conocimiento y su experiencia para mejorar la gestión pública.

¹⁰⁸ No sólo se cuentan con las estrategias establecidas en la Resolución. De hecho, en el artículo 60 del Decreto 403 de 2020, se facultó a la CGR para diseñar procedimientos de promoción de la participación de la ciudadanía que dinamicen el control fiscal en sus diferentes modalidades, generando espacios de interacción ciudadana.

Aunque la situación de pandemia ha impedido que este proceso se implemente debidamente, estos espacios de formación y capacitación a la ciudadanía en temas más específicos, se acompañan con la democracia deliberativa para que el ciudadano, atento en la protección y garantía de sus derechos, esté dotado de razones y fundamentos válidos en el diálogo frente a un problema social y así, construir desde la moralidad política una respuesta colectiva y moralmente aceptable por todos (Nino, 1997).

En efecto, la democracia deliberativa implica que más allá de los espacios creados a través de la democracia participativa, debe existir un debate previo para la toma de decisiones que interesen a los ciudadanos (Elster, 1998), que les permita llegar a consensos en la solución de sus problemas. Por ende, fortalecer a la ciudadanía en el diálogo interinstitucional es un aspecto preponderante en la construcción de la democracia de acuerdo a Gargarella (como se citó en Agudelo, 2014).

Consolidar la estrategia de control fiscal participativo a través de espacios de deliberación efectiva e incluyente, puede ser de gran utilidad en el control fiscal micro, porque se superarían las debilidades que se han generado en virtud de la articulación de este control con las auditorías que se adelantan por la CGR, en ejecución del Plan de Vigilancia y Control Fiscal. Una falencia que se ha presentado en las auditorías articuladas, es que la participación ciudadana se integra como un objetivo específico de auditoría, adicional a los ya estructurados, entonces no se cuenta con el tiempo suficiente para dar la importancia que requiere la acción ciudadana, tomándose en la mayoría de los casos, como un insumo secundario para el logro general de los resultados de la auditoría.

3.4.4. Principio de separación de poderes

El principio de separación de poderes ha sido diseñado para contrarrestar el despotismo y autoritarismo del poder público, en especial del poder ejecutivo que, en países de Latinoamérica se evidencia de forma notable, por el concentrado poder en cabeza del presidente de la república, fruto de nuestra cultura política heredada de Simón Bolívar (Agudelo, 2014, p. 495).

Tanto la Constitución de 1886 y de 1991 consagraron este principio, pero con estructuras del Estado diferentes. En la Constitución de 1886, se reconocía el ejercicio de funciones de cada rama del poder público en forma separada, pero en colaboración armónica en la realización de los fines del Estado y, en la Constitución de 1991, el diseño de Estado comprende además de las ramas del poder público, unos órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las funciones estatales que colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Según el contenido del artículo 113 de la Constitución, las funciones de las ramas del poder público están claramente definidas, aunque no son rígidas y los órganos de control fungen como garantes del sistema de frenos y contrapesos dotados de independencia y autonomía (Sentencia C-449 de 1992; Sentencia C-1343 de 2000). Por tanto, tales atribuciones representan una “condición necesaria para garantizar su verdadera prevalencia”, garantizando que sus funciones se alejan de presiones o influencias del poder ejecutivo o alguna rama del poder público (Sentencia C-178 de 1997; Sentencia T-946 de 2000).

Estas dos características, la independencia y autonomía, tienen identidad propia y para que surtan los efectos esperados, comprenden:

- i) no pertenencia a alguna de las ramas del Poder; ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas; iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada. (Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2002)

De los parámetros establecidos, se tiene que el control fiscal cuyo ejercicio compete a un órgano autónomo e independiente se constituye en un elemento del principio de separación de Poderes, orientado a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de particulares en la salvaguarda de los recursos públicos en las etapas de recaudo, adquisición, conservación, gasto, inversión y disposición. Sin embargo, esta función está restringida por la prohibición a las Contralorías de no ejercer funciones administrativas diferentes a las de su propia organización.

Paradójicamente, aunque la concepción de los órganos autónomos e independientes procuran fortalecer el control a la administración, la colaboración armónica entre entidades ha adquirido mayor fuerza y esto, en cierto modo desvanece la efectividad del control. Ello puede obedecer al carácter instrumental que ostenta por el diseño constitucional y al concentrado poder que tiene el poder ejecutivo y ha contribuido al debilitamiento de los controles estatales.

En un Estado democrático como el que presume ser el colombiano, el control debe ser distribuido, regulado, limitado, accesible, predecible, eficaz y por supuesto, controlado (Valadés, 1998) y estar en cabeza de instituciones autónomas, lo suficientemente fuertes y sostenibles para cumplir con la función de vigilar la adecuada inversión de los recursos públicos (Acemoglu y Robinson, 2012).

Por tanto, la forma en que está concebido el control fiscal en Colombia y la crisis del principio de separación de poderes que aqueja a las ramas del poder público y a la efectividad de los pesos y contrapesos, como ciertas circunstancias políticas que han cuestionado el actuar de la Contraloría¹⁰⁹, incrementan la baja credibilidad institucional o la falta de confianza en las organizaciones del Estado ante la ciudadanía.

¹⁰⁹ El caso más sonado, ha sido el fallo de responsabilidad fiscal por Hidroituango, donde la CGR estableció un daño patrimonial al Estado por \$4.3 billones, producto de las mayores inversiones realizadas en el proyecto Hidroituango. Que a junio de 2019 excedían en un 114.94% el valor inicialmente planeado, y por el lucro cesante causado luego que la hidroeléctrica no haya comenzado a generar energía a partir de noviembre de 2018. Del mismo se ha

168 Corte Constitucional (8 de octubre de 2002) Sentencia C-832. MP Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-

3.5. Conclusiones: Por una protección integral al patrimonio público consonante con los mandatos constitucionales

Con los sistemas de control establecidos en el Acto Legislativo 04 de 2019, se fortalece el control fiscal en Colombia, pues, tanto el control posterior y selectivo, como el concomitante y preventivo, se adecúan a la función de vigilancia y control de la gestión y resultados de la administración establecidos en el artículo 119 de la Constitución Nacional. Conceptos que, a partir de la reforma, se erigen como dos estrategias una, de vigilancia fiscal de carácter preventivo y otra, de control fiscal, dentro del marco de las funciones constitucionales que ha tenido asignada la Contraloría.

Separar el concepto de vigilancia de la gestión fiscal del control fiscal, es el aspecto más innovador de la reforma constitucional. En primer lugar, porque logra distanciar el control concomitante y preventivo del control previo y la coadministración y en segundo lugar, porque esta visión permite articular la función constitucional de la Contraloría con el diseño del Estado Social de Derecho, contribuyendo a sus fines y al interés general.

En efecto, con el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal mediante los controles concomitante-preventivo y posterior selectivo, se busca no dejar desprotegido desde ningún punto el patrimonio público y consolidar la vis expansiva de la vigilancia y el control fiscal como un principio para salvaguardar los recursos del Estado, el bienestar general de la población y, garantizar la integralidad y oportunidad de la función de la Contraloría General de la República.

especulado insistentemente por los medios de comunicación una finalidad política que afecte la próxima contienda electoral. Véase: CGR (2021) *Comunicado de Prensa n.º 104*. El Espectador (2021) *Fallo de responsabilidad fiscal por Hidroituango no es político: vicecontralor*. Semana (2021) *Inteligencia artificial que usó la Contraloría para emitir fallo en caso Hidroituango es válida: Auditoría General*. Huertas (2021). *Fallo Final de Hidroituango en Contraloría, en manos de cercano a César Gaviria*.

La vis expansiva o el principio de integralidad del control fiscal es la interpretación más consonante con los principios fundantes de la Constitución, no solo con el estado social de derecho, pues su conexión con el principio democrático es directa. De un lado, para vigilar el cumplimiento del principio de legalidad en la disposición y manejo de los recursos públicos por parte de los gestores fiscales y, de otro, por servir de experticia técnica y especializada para el control político a cargo del Congreso, buscando hacer efectivo el principio de representación. Adicionalmente, la democracia participativa, se evidencia como insumo del control fiscal porque, a través de los mecanismos de participación ciudadana, permiten la vigilancia de la gestión pública con organizaciones de la sociedad civil o veedurías ciudadanas y así fortalecer el control fiscal participativo.

La función de vigilancia y control fiscal a cargo de la Contraloría, en consonancia con el principio de estado social de derecho y el principio democrático, materializa el principio de separación de poderes y erige a la Contraloría como un verdadero órgano de control autónomo e independiente, garante del sistema de pesos y contrapesos, que aporta valor agregado al mejoramiento continuo de las entidades vigiladas a través del principio de colaboración armónica. Una entidad fiscalizadora, idónea para vigilar los recursos públicos, ajena a toda intromisión de las ramas del poder público, fortalece además su imagen institucional y la acerca a la ciudadanía para hacerla más colaborativa a través del control fiscal participativo.

A modo de conclusión

- Contar solo con el control posterior como forma de control, no se acompasa con la realidad actual del Estado colombiano. Los procesos de modernización que ha tenido la administración pública, el crecimiento del Estado y las nuevas formas de contratación y ejecución de los recursos públicos, ameritan que el ejercicio del control fiscal no sea únicamente en forma posterior. Una actuación preventiva, un control automático en tiempo real, o el seguimiento permanente de los recursos estatales y su adecuada utilización por parte de la Contraloría General de la República puede enmarcarse dentro del principio de colaboración armónica entre entidades públicas, incluso así lo ha entendido la Corte en otros pronunciamientos cuando señalaba que las contralorías debían realizar una actividad retroalimentadora en torno a la administración.
- Las herramientas que brinda el nuevo sistema de control, con su carácter posterior, concomitante y preventivo y siempre que se supere la sombra del control previo y la coadministración, son mecanismos útiles en el mejoramiento continuo de las entidades públicas en concordancia con la colaboración armónica. Esta función puede fortalecerse con espacios de diálogo institucional y discusión que fomenten el resarcimiento al patrimonio público como beneficio de procesos de auditoría o de vigilancia fiscal y no de responsabilidad o jurisdicción coactiva.
- La prevalencia del principio de integralidad en la protección del patrimonio público, se acerca más a los principios fundacionales de la Constitución Política. Esta concepción permite superar las debilidades del sistema de control fiscal y debe aplicarse tanto por los órganos de control, como por los operadores fiscales y por los jueces. Reconocer la pertinencia en la protección del patrimonio público contribuye en gran medida a crear

conciencia institucional y ciudadana respecto a que la vigilancia de la gestión y el control fiscal contribuyen en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

- El estudio de los elementos constitucionales, legales y jurisprudenciales del control fiscal en Colombia a partir de control previo, el control posterior y el control concomitante y preventivo, evidenciaron que la orientación del sistema de control fiscal que ha regido en nuestro país siempre ha buscado una vigilancia integral del patrimonio público. Solo que de acuerdo a nuestro diseño constitucional, han debido establecerse controles a los órganos públicos para evitar las arbitrariedades y autoritarismos que, en el caso del control fiscal, fue primero la prohibición a la Contraloría de ejercer funciones administrativas diferentes a las de su propia organización y luego, el control posterior y en cierto modo debilitaron el actuar de la CGR.

Después de indagar en la historia colombiana los antecedentes del control fiscal, se pudo evidenciar la apatía que ha existido por parte del legislativo y ejecutivo en implementar un cambio al sistema de control fiscal que realmente le permita actuar de manera independiente, autónoma y eficiente en la protección de los recursos públicos; cambios que pueden traducirse en modificar el sistema de elección del contralor, permitiendo la participación ciudadana o establecer estrategias coercitivas que establezcan un control restrictivo.

- El peso y la responsabilidad de la Corte Constitucional como tribunal de cierre, al momento de interpretar un texto constitucional que, además de contar con una solidez argumentativa, debe ser coherente y acorde al principio de interpretación conforme, toda vez que el sustento jurídico que llevó a la decisión de constitucionalidad del control concomitante y preventivo en la Sentencia C-140 de 2020, debió ser el mismo para la función de advertencia. Sus decisiones no pueden presentar tantas inconsistencias como las expuestas para la Sentencia

C-103-15, porque puede inferirse de ellas un poder contramayoritario que valida las tesis de quienes controvierten su papel en las democracias constitucionales actuales.

- El estudio de caso, relacionado con la función de advertencia y el pasivo papel de la Contraloría como de la Corte Constitucional en el juicio de exequibilidad y luego, la implementación del control concomitante y preventivo mediante una reforma constitucional que pudo evitarse si se hubiere reivindicado la prevalencia de la vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal como criterios diferenciados, estos representan solo un ejemplo de la necesidad de fortalecer espacios de participación ciudadana e institucional, en el marco de la cooperación y colaboración armónica, pues es necesario que exista ese diálogo y deliberación como precedente para la toma de decisiones judiciales o de real impacto nacional en el que seamos incluidos todos.

Referencias bibliográficas

- Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012). *¿Por qué fracasan los países?: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Grupo Planeta.
- Ackerman, B. (2015). *We the people I: Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Acto Legislativo 01 (febrero 6 de 1945), por el cual se confieren algunas atribuciones al director de la policía. *Diario Oficial* n.º 25769.
- Acto Legislativo 01. (diciembre 11 de 1968), por el cual se reforma la Constitución. *Diario Oficial* n.º 32673.
- Acto Legislativo 04. (diciembre 18 de 2019), por el cual se reforma el Régimen de Control Fiscal. *Diario Oficial* n.º 51800.
- Adarve, L. (2012). La ley de los caballos de 1888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción de un enemigo. *Nuevo foro penal*, 78, 46-148.
- Agudelo, C. (2014). *La democracia de los jueces. La rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Leyer.
- Agudo, J. (2018). *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Civitas
- Alterio, A. (2016). *El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales*. UNAM.
- Alviar, H. (2009). ¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado Social de Derecho? *Revista de Derecho Público*, 22, 3-17.
- Amaya, U. (1996). *Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal*. Umbral Editores.

- Arboleda, P. y Jiménez, M. (2016). Una aproximación a la filosofía política de la cláusula democrática en la constitución de 1991. *Revista Filosofía UIS*, 15(1), 19-46.
- Arboleda, P., Jiménez, M. y López, C. (2021). El control fiscal y su incorporación al sistema de pesos y contrapesos en Colombia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 34(1), 233-253.
- Auditoría General de la República (AGR). (9 de mayo de 2021). *Informes y Ponencias de la Asamblea Nacional Constituyente, relativas al Control Fiscal*.
<https://observatorio.auditoria.gov.co/ventanas-de-observacion/normas-constitucionales/or%C3%ADgenes-constitucionales>
- Auditoría General de la República (AGR). (2020). *Informe de Auditoría Regular a la Contraloría General de la República PGA 2020*.
- Banco de la República. (s.f.). *Memorias de Hacienda elaboradas entre 1823 y 1913*.
<https://www.banrep.gov.co/es/libro-memorias-hacienda-tesoro>
- Bernal, O. (2010). Alcanza el dinero para la salud. *Economía Colombiana*, 330, 36-41.
- Blanco, J. y Téllez, R. (2016). La corrupción y los funcionarios durante la República neogranadina. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, 19(37), 163-176.
<https://doi.org/10.18359/prole.1686>
- Bocanegra, H. (2015). Estado y modernización en Colombia, 1900-1930. *Revista Republicana*, 1.
- Bushnell, D. (1994). *Colombia una Nación a pesar de sí misma. De los tiempos precolombinos hasta nuestros días*. Editorial Planeta.
- Buitrago, F y Dávila, A. (1994). *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional*. Tercer Mundo Editores.

- Caracol Radio. (8 de enero de 2016). Contraloría General no puede actuar frente a venta de ISAGEN. https://caracol.com.co/radio/2016/01/08/nacional/1452284806_491701.html
- Cardona, P. (2015). Panamá: el istmo de la discordia. Documentos relativos a la separación de Panamá y a la normalización de las relaciones entre Estados Unidos y Colombia. *Araucaria*, 17(33), 281-305.
- Carrillo, F. (2011). *Constitucionalizar la democracia social. El proceso constituyente de 1991 y América Latina*. Temis.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (14 de octubre de 1998). *Una nueva gestión pública para América Latina*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Una-Nueva-Gestion-Publica-para-America-Latina.pdf>
- Congreso de la República. (1899). *Diario Oficial* 10947 del 19 de abril.
- Congreso de la República. (1905). *Diario Oficial* AÑO XLI. n.º 12337, 29 de abril de 1905
- Congreso de la República. (1905). *Diario Oficial* AÑO XLI. n.º 12403 del 21 de julio de 1905.
- Congreso de la República. (27 de marzo de 2019). Gaceta del Congreso n.º 153.
- Consejo de Estado. Concepto de agosto 4 de 1977.
- Consejo de Estado. (16 de junio de 1961). [MP Guillermo González Charry].
- Consejo de Estado. (11 de febrero de 1971) Rad. 513. [MP Luis Carlos SÁCHICA].
- Consejo de Estado. (31 de agosto de 1970) Rad. 440.[CP Luis Carlos SÁCHICA].
- Consejo de Estado. (28 de mayo de 2020). Rad. 11001-03-06-000-2020-00001-00 (2442). [MP Edgar González López].
- Constitución Política de Colombia. (7 de julio de 1991).

Constitución de 1821. (30 de agosto de 1821). artículos 136 y siguientes.

http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-16/html/0260ce5e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html

Contraloría General de la República (CGR). (s.f.). Función de advertencia-Prevención de amenaza de daño ambiental al ecosistema ubicado en el Páramo de Santurbán [carta].

<file:///D:/Downloads/FUNCION%20DE%20ADVERTENCIA%20INGEOMINAS.pdf>

Contraloría General de la República (CGR). (16 de diciembre de 1945). *Anales de Economía y Estadística*.

Contraloría General de la República (CGR). (9 de junio de 2006). *Telecom. Ganó la transparencia, ganó la Nación*.

Contraloría General de la República (CGR). (21 de junio de 2007). *Función de advertencia, reiteración parámetros jurídicos. Lineamientos para su operatividad y adopción* (Circular 005).

Contraloría General de la República (CGR). (25 de noviembre de 2008). Función de advertencia por inclusión de costos en cálculo de regalías-Contrato de Concesión 866 de 1963. Oficio 2008EE69901.

Contraloría General de la República (CGR). (23 de agosto de 2010). *Función de Advertencia Prórrogas Concesión n.º 866 de 1963 suscrito con Cerro Matoso S.A.* Oficio. 2010EE57624.

Contraloría General de la República (CGR). (19 de julio de 2011). *Función de Advertencia-Prevención de amenaza al recurso hídrico en la ejecución del proyecto de la Colosa*. Oficio 2011EE54281.

Contraloría General de la República (CGR). (2011). *Informe de Gestión 2010-2011*

Contraloría General de la República (CGR). (2012). *Informe del Estado de los Recursos Naturales y del Ambiente 2011-2012.*

Contraloría General de la República (CGR). (22 de febrero de 2012). *Función de Advertencia-Prevención de amenaza de daño ambiental al ecosistema ubicado en el Páramo de Santurbán-Título n.º 0050-68 de Ingeominas.* Oficio 2012EE10724.

Contraloría General de la República (CGR). (2 de agosto de 2012). Resolución orgánica 6680 de 2012. Por la cual se adoptan herramientas y actuaciones especiales de control fiscal con miras a maximizar su eficiencia, oportunidad y efectividad, así como la evaluación de la información estratégica resultante del ejercicio de la vigilancia fiscal. *Diario Oficial* n.º 48511.

Contraloría General de la República (CGR). (2 de agosto de 2012). *Alcance de función de advertencia del 23 de agosto de 2010 remitida a Ingeominas en desarrollo de funciones delegadas de Autoridad Minera respecto del proceso de negociación de los Contratos de Concesión Minera n.º 866 de 1963 y 1727 de 1970 cuyo titular es la Co. Cerro Matoso S.A. (CMSA).* Oficio 2012EE51551.

Contraloría General de la República (CGR). (14 diciembre de 2012). *Función de Advertencia. Contrato de Concesión 051-96M suscrito con la empresa Cerro Matoso.* Oficio 2012EE0085413

Contraloría General de la República (CGR). (2013). Contratos de Concesión Minera 866 de 1963, 1727 de 1971 suscritos con la empresa Cerro Matoso S.A.(CMSA) (*Informe de actuación especial de Fiscalización*).

Contraloría General de la República (CGR). (2014). *Informe de gestión al Congreso de la República 2010-2014.*

Contraloría General de la República (CGR). (8 de enero de 2016). La supresión del control de advertencia limita la acción de la Contraloría en casos como el de la venta de ISAGEN. (*Boletín de Prensa*).

Contraloría General de la República (CGR). (2017). *Informe sobre la calidad y eficiencia del Control Fiscal Interno, vigencia 2016 y primer semestre de 2017*.

Contraloría General de la República (CGR). (7 de agosto de 2017). Evaluación del Programa de Alimentación Escolar – PAE: Demoras en la contratación y en la ejecución de los recursos durante 2016 (*Comunicado de Prensa n.º 108*).

Contraloría General de la República (CGR). (4 de diciembre de 2017). Con 7 hallazgos fiscales por \$8.461 millones, Santander, a la cabeza de irregularidades en el PAE (*Comunicado de Prensa n.º 217*).

Contraloría General de la República (CGR). (2018). *Informe de gestión al Congreso de la República 2018-2019*.

Contraloría General de la República. (CGR). (18 de diciembre de 2018). *Comunicado de Prensa n.º 215*

Contraloría General de la República (CGR). (2019). *Informe de gestión al Congreso y al presidente de la República 2019-2020*.

Contraloría General de la República (CGR). (2019). *Informe Situación de las Finanzas del Estado*.

Contraloría General de la República (CGR). (11 de abril de 2019). Resolución Ejecutiva 0049. Por la cual la Contraloría General de la República adoptó el sistema de control fiscal participativo.

Contraloría General de la República (CGR). (25 de octubre de 2019). *Foro Internacional sobre “Control Fiscal en Tiempo Real”*, [Archivo de Vídeo]. YouTube

<https://www.youtube.com/watch?v=hxfIfyxZ6ck>

Contraloría General de la República (CGR). (3 de agosto de 2021). Memorando 2021IE0061165. Auto de Unificación del 29 de junio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Contraloría General de la República (CGR). (6 de septiembre de 2021). Boletines de Prensa 2021. <https://bit.ly/3yi8k3N>

Contraloría General de la República de Perú. (28 de marzo de 2019). *Resolución de Contraloría n.º 115-2019*. https://doc.contraloria.gob.pe/libros/2/pdf/RC_115-2019-CG.pdf

Contraloría General de la República de Chile. (3 de marzo de 2015). Resolución n.º 20. *Fija normas que regulan las auditorías efectuadas por la CGR*.

Corte Constitucional. (3 de marzo de 1992). Auto 03. Ref. Expedientes Acumulados n.º 011 y 012. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (5 de junio de 1992). Sentencia T-406 de 1992. [MP Ciro Angarita Barón].

Corte Constitucional. (9 de julio de 1992). Sentencia C-449 de 1992. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (11 de noviembre de 1993). Sentencia C-534 de 1993. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, (11 de noviembre de 1993). Sentencia C-529 de 1993. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (25 de agosto de 1994). Sentencia C-372 de 1994. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (20 de abril de 1995). Sentencia C-167 de 1995. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (24 de agosto de 1995). Sentencia C-374 de 1995. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (7 de diciembre de 1995). Sentencia C-586 de 1995. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz y MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (7 de diciembre de 1995). Sentencia C-593 de 1995. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (11 de febrero de 1997). Sentencia C-065 de 1997. [MP Jorge Arango Mejía y MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (10 de abril de 1997). Sentencia C-178 de 1997. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (6 de mayo de 1998). Sentencia C-189 de 1998. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (24 de febrero de 1999). Sentencia C-113 de 1999. [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (14 de abril de 1999). Sentencia C-218 de 1999. [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (2 de junio de 1999). Sentencia C-403 de 1999. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (25 de agosto de 1999). Sentencia C-623 de 1999. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (24 de julio de 2000). Sentencia T-946 de 2000. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2000). Sentencia C-1191 de 2000. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (4 de octubre de 2000). Sentencia C-1343 de 2000. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (2 de abril de 2001). Sentencia C-364 de 2001. [MP Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional. (28 de junio de 2001). Sentencia C-673 de 2001. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-840 de 2001. [MP Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional. (15 de agosto de 2001). Sentencia C-867 de 2001. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (31 de octubre de 2001). Sentencia C-1148 de 2001. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (26 de febrero de 2002). Sentencia C-127 de 2002. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (23 de abril de 2002). Sentencia C-290 de 2002. [MP Clara Inés Vargas].

Corte Constitucional. (22 de mayo de 2002). Sentencia C-396 de 2002. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (13 de agosto de 2002). Sentencia C-648 de 2002. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (3 de septiembre de 2002). Sentencia C-712 de 2002. [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional. (8 de octubre de 2002). Sentencia C-832 de 2002. [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional. (16 de marzo de 2004). Sentencia C-246 de 2004. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (24 de noviembre de 2004). Sentencia C-1176 de 2004. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (12 de julio de 2006). Sentencia C-529 de 2006. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (11 de mayo de 2011) Sentencia C-366 de 2011. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (6 de julio de 2011). Sentencia C-541 de 2011. [MP Nilsón Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de noviembre de 2012). Sentencia C-967 de 2012. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional. (6 de marzo de 2013). Sentencia C-105 de 2013. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional. (8 de abril de 2015). Sentencia C-150 de 2015. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional. (11 de marzo de 2015). Sentencia C-103 de 2015. [MP María Victoria Calle].

Corte Constitucional. (8 de febrero de 2016). Sentencia C-035 de 2016. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional. (30 de mayo de 2017). Sentencia T-361 de 2017. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (15 de diciembre de 2017). Sentencia T-733 de 2017. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (4 de abril de 2018). Sentencia C-018 de 2018. [MP Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional. (6 de mayo de 2020). Sentencia C-140 de 2020. [MP José Fernando Reyes Cuartas].

Corte de Cuentas. (1904.) *Informe No. 1948 del 30 de junio suscrito por Lino de Pombo dirigido al Ministerio del Tesoro.*

Corte Suprema de Justicia. (9 de agosto de 1924). [MP Ramón Rodríguez Diago].

Corte Suprema de Justicia. (2 de agosto de 1933). [MP Parmenio Cárdenas].

http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=30003998#ver_30004004

Corte Suprema de Justicia. (19 de mayo de 1987). Expediente 1571. [MP Hernando Gómez Otálora].

Corte Suprema de Justicia. (25 de abril de 1974). [MP Luis Sarmiento Buitrago].

Corte Suprema de Justicia. (24 de mayo de 1990). Sentencia 59 de 1990

Dávila, V. (18 de febrero de 2020). Contraloría abre proceso de responsabilidad fiscal contra

Cerro Matoso. *Semana*. [https://www.semana.com/semana-tv/vicky-en-](https://www.semana.com/semana-tv/vicky-en-semana/articulo/contraloria-abre-proceso-de-responsabilidad-fiscal-contra-cerro-matoso--vicky-en-semana/652545/)

[semana/articulo/contraloria-abre-proceso-de-responsabilidad-fiscal-contra-cerro-matoso--](https://www.semana.com/semana-tv/vicky-en-semana/articulo/contraloria-abre-proceso-de-responsabilidad-fiscal-contra-cerro-matoso--vicky-en-semana/652545/)

[vicky-en-semana/652545/](https://www.semana.com/semana-tv/vicky-en-semana/articulo/contraloria-abre-proceso-de-responsabilidad-fiscal-contra-cerro-matoso--vicky-en-semana/652545/)

Decreto 911 (23 de mayo de 1932), por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial de la Nación y del Departamento de Contraloría.

Decreto 1050 (5 de julio de 1968), por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional. *Diario Oficial* Año CIV. N. 32552.

17, Julio, 1968.

Decreto 3130 (26 de diciembre de 1968), por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.

Decreto 294 (28 de febrero de 1973), por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

Decreto 925 (11 de mayo de 1976), por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que deben tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística.

Decreto Ley 267 (22 de febrero de 2000), *Diario Oficial* Año CXXXV 43905.

De Sousa, B. (2004). *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. Ediciones Abya-Yala.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). (1981). *Finanzas intergubernamentales en Colombia-Informe final de la misión*. Bogotá

Departamento Administrativo de la Función Pública. (octubre de 2018). *Guía para la Administración del Riesgo y el Diseño de Controles en las Entidades Pública. Riesgos de Gestión, Corrupción y Seguridad Digital* (Versión 4).

Domínguez, H. (2013, mayo 23). “*Democracia deliberativa en Jürgen Habermas*”. *Analecta Polit.* <https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/2939>

Duque, I. (1980). *El control fiscal en Colombia*. Bogotá Impresa

El Espectador. (7 de septiembre de 2021). Fallo de responsabilidad fiscal por Hidroituango no es político: vicecontralor. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/economia/fallo-de-responsabilidad-fiscal-por-hidroituango-no-es-politico-vicecontralor/>

- El país.com.co. (mayo 11 de 2015). Contraloría cuestiona la venta de ISAGEN. *El País*.
<https://www.elpais.com.co/economia/contraloria-cuestiona-la-venta-de-isagen.html>
- El Tiempo. (2 de junio de 2007). Contraloría advierte al Ministerio de Minas que la Drummond ha dejado de dar al país US\$70 millones. *El Tiempo*.
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3581345>
- El Tiempo. (30 de julio de 2011). Anglogold sienta posición ante Función de Advertencia de Contraloría (Minería Oro-La Colosa, Tolima).
- El Tiempo. (2 de julio de 2014). Contralores que hubo entre 1971 y 1998 terminaron en líos con justicia.
- Elster, J. (1998). *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press.
- Evans, P. (2007). *Instituciones y Desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. Ilsa.
- Fluharty, V. (1981). *La danza de los millones: régimen militar y revolución social en Colombia (1930-1956)*. El Ancora Editores.
- Gaceta de Colombia. (25 de abril de 1830). n.º 462.
- Gaceta del Congreso. (27 de marzo de 2019). n.º 153.
- Garay, L. J. (2013). *Minería en Colombia: derechos, políticas públicas y gobernanza*. Contraloría General de la República.
- Gargarella, R. (2005). El constitucionalismo según John Rawls. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 7(14), 16-32.
- Gómez, I. (2016). *La Seguridad Jurídica. El caso de la Responsabilidad Fiscal en Colombia*. Editorial Universidad Externado.

- Gómez, I. (25 de marzo de 2020). El control concomitante y preventivo. *Ámbito Jurídico*.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/el-control-fiscal-concomitante-y-de-advertencia>
- González, M. (1986). Aspectos económicos de la administración pública en Colombia 1820-1886. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*. (13-14), 63-89.
- González, M. (1978). Las rentas del Estado. En *Manual de Historia Colombiana* (Tomo II) (pp. 387-409). Instituto colombiano de Cultura
- Gutiérrez, I. (1860). *Exposición sobre la Hacienda Nacional, dirigida al Congreso*. Bogotá.
- Gutiérrez, I. (1858). *Exposición de la Secretaría de Hacienda al Congreso*. Bogotá, 27 de febrero. Sección 6ª Banco de la República.
- Herrera, M. y García J. (2013). *Antonio Gramsci y la crisis de hegemonía. La refundación de la ciencia política*. Editorial Universidad Nacional.
- Huertas, J. (22 de octubre de 2021). Fallo Final de Hidroituango en Contraloría, en manos de cercano a César Gaviria. *La Silla Vacía*. <https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/fallo-final-de-hidroituango-en-contraloria-en-manos-de-cercano-a-cesar-gaviria/>
- Jiménez, M. (2021). *El constitucionalismo procesal débil. Una posible síntesis entre la democracia y la constitución*. Tirant lo Blanch.
- Jaramillo, J. y Colmenares, G. (1978). Estado, administración y vida política en la sociedad colonial. En *Manual de Historia Colombiana, Instituto Colombiano de Cultura* (Tomo I).
- Lora, E. y Mejía, L. F. (Coords.). (2021). *Reformas para una Colombia post-COVID-19. Hacia un nuevo contrato social*. Fedesarrollo.
- Lascarro, L. (1945). Un aspecto de la obra de Mr. Kemmerer en Colombia. En *Anales de Economía y Estadística*. Contraloría General de la República.

Ley 7 de 1847, orgánica de la Administración de Hacienda Nacional.

<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112103696607&view=1up&seq=406&q1=%22corte%20de%20cuentas%22>

Ley del 19 de febrero de 1857, orgánica de la Oficina General de Cuentas. Leyes y decretos expedidos por el Congreso Constitucional de la Nueva Granada en 1857.

Ley 36 (1 de diciembre de 1898), sobre organización de la Corte de Cuentas. *Diario Oficial* n.º 10824.

Ley 61 (22 de mayo de 1905), Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa de Colombia, que organiza la Hacienda Nacional. *Diario Oficial* n.º 12356.

Ley 19 (2 de octubre de 1912), por la cual se reorganiza la Corte de Cuentas. *Diario Oficial* n.º 14708.

Ley 110 de 1912, por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. *Diario Oficial* n.º 14845.

Ley 36 (15 de noviembre de 1918), adicional y reformatoria del Código Fiscal. *Diario Oficial* n.º 16542.

Ley 60 (23 de octubre de 1922), por la cual se autoriza al gobierno para contratar los servicios de expertos extranjeros. *Diario Oficial* n.º 18569 a 18572.

Ley 34 (23 de julio de 1923), sobre formación y fuerza restrictiva del presupuesto nacional. *Diario Oficial* n.º 19113.

Ley 42 (26 de julio de 1923), sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría. *Diario Oficial* n.º 19119.

Ley 109 (12 de diciembre de 1923), por la cual se crea el Departamento de Provisiones y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 19378.

Ley 10 (13 de octubre de 1930), sobre organización fiscal de las intendencias y comisarías.

Diario Oficial n.º 21515.

Ley 103 (20 de noviembre de 1928), sobre contrabando y régimen aduanero. *Diario Oficial* n.º

20954.

Ley 2 (17 de enero de 1959), sobre Economía Forestal de la Nación y Conservación de Recursos

Naturales Renovables. *Diario Oficial* n.º 29.861

Ley 151 (22 de enero de 1960), sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados.

Diario Oficial n.º 30138.

Ley 11 (18 de diciembre de 1972), por la cual se deroga el impuesto a la exportación del café y

se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 33776.

Ley 20 (28 de abril de 1975), por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la

Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 34313.

Ley 42 (26 de enero de 1993), sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los

organismos que lo ejercen. *Diario Oficial* n.º 40.732.

Ley 152 (15 de julio de 1994), por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.

Diario Oficial n.º 41.450

Ley Fundamental de Colombia. (1819). Archivo del Libertador, Tomo 27.

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/ley-fundamental-de-colombia-1819--0/>

López, D. (2007). El sueño weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la

estructura del estado colombiano. *Revista de Derecho Público*, 19, 2-42.

López, L. (1992). *Historia de la Hacienda y el Tesoro en Colombia 1821-1900*. Banco de la

República.

- López, L. (1998). *Pensamiento económico y fiscal colombiano*. Universidad Externado de Colombia.
- López, P. (2015). *Un Estado a crédito. Deudas y configuración estatal de la Nueva Granada en la primera mitad del siglo XIX*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Malagón, M. (2004). El juicio de cuentas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 278-298.
- Maldonado, M. (2014). El Control Fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(120), 129-152.
- Mariluz, J. M. (1951). El Tribunal Mayor y Audiencia Real de Cuentas de Buenos Aires. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 6(23).
- Martínez, A. (2010). Confederación de las provincias unidas de la Nueva Granada. *Credencial Historia*, (244) <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-244/confederacion-de-las-provincias-unidas-de-la-nueva-granada>
- Mejía, O. (23 de septiembre de 2021). *Constitución, protesta social y deliberación*. Sesión III Seminario Permanente Constitución y Derecho Comparado. Universidad de Caldas y Banco de la República, Manizales, Colombia.
- Méndez, R. (1988). *Formación del Capitalismo en Colombia. Un caso de desarrollo medio en el mundo del subdesarrollo*. Ed. Grijalbo S.A.
- Naranjo, R. (2007). *Eficacia del control fiscal en Colombia. Derecho comparado, historia, macroorganizaciones e instituciones*. Editorial Universidad del Rosario.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa
- Nieto, L. (1996). *Economía y Cultura en la Historia de Colombia*. Banco de la República, El Ancora Editores.

- Ocampo, J. (2015). *Café, industria y macroeconomía: Ensayos de Historia económica de Colombia*. Fondo de Cultura Económica.
- O'Donnell, G. (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5(1), 55-69.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Heliasta S.R.L.
- Palacio, A. (1945). Un hombre y su época. En *Anales de Economía y Estadística*. Contraloría General de la República.
- Penagos, G. (1979). *Curso de Control Fiscal*. Ed. Librerías del Profesional.
- Plazas, C. y Moreno, D. (2017). *Impacto económico de las acciones de tutela en salud en Colombia*. *Universitas*, 66(135), 325-376. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.ieat>
- Posada, E. (1885). *Memoria del Secretario del Tesoro dirigida al Presidente de la Unión para el Congres*. Imprenta de Pizano.
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Pulgarín, H. y Cano J. (2000). Historia de la contabilidad pública en Colombia. *Contaduría Universidad de Antioquia*, (37), 87-125.
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/cont/article/view/25575>
- Quinche, M. (2014). *Derecho Constitucional Colombiano*. Temis.
- Rico, C. (2016). Historia de la regulación contable financiera en Colombia. El caso de la industria ferroviaria (1870-1920). *Cuadernos de Contabilidad*, 17(43).
- Red Iberoamericana de Argumentación Jurídica. (2018). “*Derecho, instituciones y déficit democrático*” Roberto Gargarella; Riaj 2018. [Archivo de Vídeo]. YouTube
<https://www.youtube.com/watch?v=LbRwKy5rNus&t=3455>
- Robayo, J. (2010). Reflexiones en torno al impacto de la Patria Boba. La Independencia de Tunja y su Provincia 1810-1815. *Revista Historia y Memoria*, (1), 11-33.

- Rodríguez, L. (1995). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Temis.
- Sánchez, S. A. (2015). *Carta de Jamaica de Bolívar (1815-2015)*. Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica <https://albaciudad.org/wp-content/uploads/2015/09/08072015-Carta-de-Jamaica-WEB.pdf>
- Semana. (16 de abril de 2015). Fiscalización. Control firme. *Semana*.
<https://www.semana.com/ejecucion-presupuestal-del-gobierno-colombia/207671/>
- Semana. (19 de octubre de 2021). Inteligencia artificial que usó la Contraloría para emitir fallo en caso Hidroituango es válida: Auditoría General. *Semana*.
<https://www.semana.com/economia/macroeconomia/articulo/inteligencia-artificial-que-uso-la-contraloria-para-emitir-fallo-en-caso-hidroituango-es-valida-auditoria-general/202111/>
- Sánchez, I. (1980). Eficacia de la Visita en Indias. *Anuario de historia del derecho español*, 383-412. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1980-10038300412
- Tirado A. (1983). *Introducción a la historia económica de Colombia*. El Ancora Editores.
- Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU Brasil). (s.f.) Auditoría.
<https://portal.tcu.gov.br/espanol/el-tcu/auditoria/>
- Torres, G. (1839). *Exposición que el Contador General Mayor presenta al Supremo Poder Ejecutivo en el corriente año de 1839*. Imprenta por Juan N. Triana.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll10/id/1185>
- Uprimny, R. (2012). La Constitución de 1991 como constitución transformadora, ¿un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil?. *En 20 años de la Constitución*

Colombiana, logros, retrocesos y agenda pendiente (pp. 39-53). Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung

Uprimny, R. y Rodríguez, C. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre económica y derecho. *Dejusticia*.

<https://www.dejusticia.org/publication/constitucion-y-modelo-economico-el-colombia-hacia-una-discusion-productiva-entre-economia-y-derecho/>

Valadés, D. (1998). *El Control del Poder*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=995>

Valencia, H. (2010). *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Panamericana Editorial.

Valencia, H. (2018). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Vásquez, W. (2000) *Control Fiscal y Auditoría de Estado en Colombia*. Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Younes, D. (2006). *Derecho del Control Fiscal*. Editorial Ibáñez.

Wilson, H. (1880). *Memoria de Hacienda y Fomento dirigida al Presidente de la Unión para el Congreso de* Imprenta de H. Andrade.