



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

**EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE FRENTE A  
LA PROHIBICIÓN DE COADMINISTRACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA.**

**FREDY JOSÉ AGÁMEZ BERRÍO**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C. Colombia

2022

**EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE FRENTE A  
LA PROHIBICIÓN DE COADMINISTRACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA.**

**FREDY JOSÉ AGÁMEZ BERRÍO**

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:

**Magister en Derecho: Profundización Derecho Constitucional**

Director

**JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES**

Codirector

**ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA**

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C. Colombia

2022

## 1. DEDICATORIA

*A Dios creador y todo poderoso quien me brinda aliento e impulsa a diario.*

*A mis padres José Agámez Berrío y Buduy Aurora Berrío Mercado y su mutuo amor infinito y apoyo incondicional con el cual han mantenido unidad a nuestra familia junto a mi hermana Kerly Jazmín y mis hermanos Julio Andrés y José Alejandro Agámez Berrío.*

*A la Universidad Nacional de Colombia que me abrió las puertas para avanzar en mi vida profesional y asumió el reto de mantener, en época de la COVID-19, las aulas al alcance de quienes habíamos decidido entrar a sus aulas.*

## 2. DECLARACIÓN DE OBRA ORIGINAL

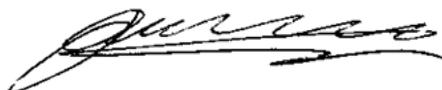
Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la normativa nacional relacionada con el respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.



---

**FREDY JOSÉ AGÁMEZ BERRÍO**

Fecha: 30 de enero de 2023

## EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE COADMINISTRACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA.

### 3. RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca abordar las principales características del ejercicio del control fiscal a partir de la Constitución de 1991, en tanto control posterior y selectivo, actualmente vigente; entre ellas, la denominada función de advertencia, prevista en la redacción original del artículo 5 numeral 7 del Decreto Ley 267 de 2000, que facultaba a la Contraloría General de la República 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*» pero que, al ser demanda fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Posteriormente, plantearemos un estudio crítico sobre las nuevas categorías del control fiscal *preventivo y concomitante* que se ejerce a través de la nueva *función de advertencia*, pero ahora prevista a través del Acto Legislativo 004 de 2019.

La *función de advertencia* y el nuevo sistema de control fiscal *preventivo y concomitante*, imponen una revisión de dichas categorías ahora de rango constitucional, y su compatibilidad con el control fiscal *posterior y selectivo* consagrado en la misma disposición constitucional, al igual que nos permite revisar desde un punto de vista constitucional, si el acto legislativo era necesario para mejorar la gestión preventiva de la Contraloría General de la República frente a la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades del Estado.

**Palabras clave:** Sustitución – Advertencia – Control – Fiscal – Preventivo - Concomitante.

## THE EXERCISE OF PREVENTIVE AND CONCOMITANT FISCAL CONTROL AGAINST THE PROHIBITION OF CO-ADMINISTRATION IN PUBLIC MANAGEMENT.

### 4. ABSTRACT

This research work seeks to address the main characteristics of the exercise of fiscal control from the Constitution of 1991, as a subsequent and selective control, currently in force; among them, the so-called warning function, provided for in the original wording of article 5 numeral 7 of Decree Law 267 of 2000, which empowered the Comptroller General of the Republic to «*Warn about operations or processes in execution to anticipate serious risks that compromise public property and exercise subsequent control over the events thus identified*» but which, being a lawsuit, was declared unenforceable by the Constitutional Court. Subsequently, we will propose a critical study on the new categories of preventive and concomitant fiscal control that is exercised through the new warning function, but now provided for through Legislative Act 004 of 2019.

The warning function and the new system of preventive and concomitant fiscal control, impose a review of said categories now of constitutional rank, and its compatibility with the subsequent and selective fiscal control enshrined in the same constitutional provision, as well as, allows us to review From a constitutional point of view, if the legislative act was necessary to improve the preventive management of the Comptroller General of the Republic against the surveillance of the fiscal management of State entities.

**Keywords:** Substitution – Warning – Control – Fiscal – Preventive -Concomitant.

## Tabla de contenido

<b>1. DEDICATORIA .....</b>	<b>3</b>
<b>2. DECLARACIÓN DE OBRA ORIGINAL .....</b>	<b>4</b>
<b>3. RESUMEN .....</b>	<b>5</b>
<b>4. ABSTRACT .....</b>	<b>6</b>
<b>5. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>6. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>14</b>
<b>7. OBJETIVOS .....</b>	<b>15</b>
7.4. Objetivo General:.....	15
7.5. Objetivos específicos:.....	15
<b>8. METODOLOGÍA .....</b>	<b>15</b>
<b>9. ESTADO DE LA MATERIA.....</b>	<b>18</b>
9.1. Antecedentes de las categorías dogmáticas de los sistemas de control fiscal en Colombia .....	18
9.2. Las nuevas herramientas para el ejercicio del control fiscal .....	20
<b>10. EL EJERCICIO DEL NUEVO SISTEMA DE CONTROL FISCAL Y LOS RESULTADOS DE LA FUNCIÓN DE ADVERTENCIA.....</b>	<b>26</b>
<b>11. EL SISTEMA DE CONTROL FISCAL EN COLOMBIA .....</b>	<b>27</b>
11.1. Antecedentes históricos y justificación político-democrática de la teoría del control fiscal	27
11.2. El principio de separación de funciones en el ejercicio del poder como eje fundamental e histórico en los Estados modernos .....	28
11.3. Las distintas categorías y herramientas para el ejercicio del control fiscal .....	30
11.3.1. Control fiscal posterior.....	31
11.3.2. Control fiscal selectivo .....	31
11.3.3. Control fiscal preventivo y concomitante .....	32
11.3.4. La función de advertencia.....	35
11.3.5. La potestad del contralor general de la república de exigir la suspensión de funcionarios bajo el principio de verdad sabida y buena fe guardada.....	36
11.3.6. La prohibición de la coadministración.....	37
11.4. El sistema de control fiscal anterior al Acto Legislativo 004 de 2019 .....	38
11.4.1. Control fiscal de gestión.....	39
11.4.2. Control fiscal de resultados.....	39
11.4.3. Control fiscal de legalidad.....	39

11.4.4.	Control fiscal de rendición de cuentas.....	39
11.4.5.	Control fiscal de valoración de los costos ambientales .....	40
<b>11.5.</b>	<b>Herramientas de carácter legal del anterior sistema de control fiscal .....</b>	<b>40</b>
11.5.1.	Control fiscal macro sobre la gestión de las entidades y recursos públicos .....	40
11.5.2.	Del control fiscal micro sobre la gestión de las entidades y recursos públicos .....	41
11.5.3.	Sistemas y modalidades de auditoría sobre la gestión de las entidades y recursos públicos	42
<b>11.6.</b>	<b>Modalidades de auditoría.....</b>	<b>45</b>
11.6.1.	Auditoría General.....	45
11.6.2.	Auditoría Especial .....	46
11.6.3.	Auditoría de Seguimiento .....	47
<b>12.</b>	<b><i>MECANISMOS DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE ADVERTENCIA ANTE EL TEST DE SUSTITUCIÓN.....</i></b>	<b>47</b>
12.1.	Las reformas constitucionales en la Constitución Política de 1991 y el estándar de control adoptado por la Corte Constitucional a los Actos Legislativos .....	47
12.2.	Definición y alcance del concepto de sustitución de la constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional .....	49
12.3.	Finalidad, necesidad y conducencia de la reforma. ¿Un nuevo elemento dentro de la conceptualización del juicio de sustitución? .....	50
12.4.	Los resultados del ejercicio de la función de advertencia frente al test de sustitución en cuanto la finalidad, necesidad y conducencia del acto legislativo 004 de 2019 .....	53
<b>13.</b>	<b><i>CONCLUSIONES FINALES .....</i></b>	<b>57</b>
<b>14.</b>	<b><i>BIBLIOGRAFÍA .....</i></b>	<b>60</b>

## 5. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda el tema del control fiscal en Colombia, algunos antecedentes históricos y sus principales herramientas, para posteriormente analizar las nuevas herramientas del control fiscal, esto es, el control concomitante y preventivo ejercido a través de la función de advertencia, las cuales fueron introducidas a partir del Acto Legislativo 04 de 2019.

A partir de la Constitución Política de 1991, se introducen grandes transformaciones en el sentido material de la Constitución, los derechos, las libertades, sus instituciones entre otros. Precisamente, las instituciones de control, las funciones y las formas del ejercicio de las mismas, parece ser que en Colombia aún no se han logrado consolidar, dadas las múltiples reformas constitucionales que se han adelantado en vigencia de la Constitución Política de 1991 a varias de ellas, entre esas, la función del control fiscal de la Contraloría General de la República.

A través de la sentencia de constitucionalidad C-140 de 2020 se abordan: la cuestión del control fiscal posterior y selectivo y la función de advertencia, dos categorías dogmáticas aparentemente contrarias entre sí. De ese modo, mientras en la sentencia C-103 de 2015 no se avaló la función de advertencia, en la Sentencia C-140 de 2020 se declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 04 de 2019 que avala el control preventivo y concomitante ejercido a través de la función de advertencia.

Dentro del análisis de la sentencia en mención, vale entonces analizar el estándar de control para avalar la constitucionalidad del control de advertencia respecto de otros principios constitucionales como los del control fiscal posterior y selectivo. En esta ocasión a través de la sentencia C 140 del 6 de mayo de 2020, impera el criterio según el cual *«las variaciones al modelo de control fiscal no constituyen una sustitución a la separación de poderes como eje definitorio de la Constitución»*

En criterio de la Corte Constitucional, la manera como se ejerce el control fiscal posterior y selectivo no es un eje fundamental de la Constitución. El que el Constituyente derivado decidiera abandonar un esquema de control previo (Constitución de 1886), no implica que el control posterior y selectivo (Constitución de 1991) constituya, en consecuencia, un eje definitorio del ordenamiento superior. Entenderlo así, conllevaría a que este esquema fuera inmodificable, impidiendo cualquier tipo de reforma que lo hiciera más efectivo a partir de los distintos avances tecnológicos existentes, el avance de los sistemas de control de la gestión estatal de recursos públicos, las nuevas formas de corrupción, etc.

Sentado lo anterior, la Corte considera indispensable destacar que el Acto Legislativo 4 de 2019 se cuidó de advertir que el control preventivo y concomitante: (i) no implicará coadministración; (ii) se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos; (iii) mediante el uso de tecnologías de la información; (iv) con la participación activa del control social y con la articulación del control interno; (v) con carácter excepcional no vinculante; (vi) sin que pueda versar sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos y finalmente (vii) realizándose en forma de advertencia al gestor fiscal, cuyo ejercicio y coordinación corresponde exclusivamente al contralor general de la República en materias específicas.

Entonces, el control concomitante y preventivo establecido por medio del Acto Legislativo 4 de 2019, de acuerdo con lo expresamente señalado en la norma constitucional, no implica ni puede implicar en manera alguna, coadministración. Esto quiere decir que abandona cualquier tipo de poder de veto o pre-aprobación por parte del organismo de control. Además, el control es excepcional y se ejerce ante la existencia de un riesgo inminente para prevenir un daño. A su vez, la advertencia no obliga a los gestores de los recursos públicos, como ocurría con el control previo vigente en la Carta Política de 1886, el cual era general, vinculante y significaba intromisiones directas en la gestión de la Administración.

En este contexto, las reformas constitucionales, normalmente se encuentran sujetas a exigencias de tipo formal como lo son, el trámite que deben seguir, el tipo de mayoría necesaria para su aprobación, términos y controles a dicha reforma en particular. En Colombia, según el artículo 374 de la Constitución, esta pueda ser reformada por tres vías, mediante acto legislativo, asamblea constituyente y mediante referendo.

En ese sentido, nuestra Constitución no consagra cláusulas pétreas, de tal manera que, en nuestro sistema constitucional no existen límites materiales al ejercicio del poder de reforma.

*Esta característica de nuestra Carta Política se ha prestado, como era natural a interpretaciones diversas, y al respecto es posible adoptar una de las dos posiciones doctrinales conocidas: **a)** la que sostiene que el silencio del Constituyente sobre el particular significa que los órganos constituidos facultados para reformar la Constitución pueden cambiar todo de ella, sin restricción o barrera alguna, pues para que pueda estar sometido desde el punto de vista del contenido de las reformas que aprueban sería necesario que los límites materiales fueran contemplados en el texto de la misma Constitución; **b)***

*la que, aún en el caso de no haber previsto la Constitución límites materiales expresos para su reforma, proclama la existencia de límites tácitos, surgidos de la esencia misma de ella. De acuerdo con esta tesis, hay elementos de suyo inmodificables, porque son insustituibles en esa constitución, y por tanto, si el poder de reforma los toca, excede sus atribuciones, y las reforma que introduzca resulta inconstitucional.<sup>1</sup>*

En esa línea es claro, como ya lo habíamos planteado, que cuando se consagran cláusulas pétreas en la Constitución, se tiene una certeza y no hay dificultad para precisar el alcance de la reforma y de su constitucionalidad. Sin embargo, lo anterior no supone que sea admisible que, ante la ausencia de cláusulas pétreas, una vez verificados los requisitos formales de reforma, deba tenerse reformada la Constitución, al tiempo que, la Corte Constitucional carezca de competencia para examinar de fondo el contenido de cierto acto legislativo.

Este criterio fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-551 de 2003, en la cual se acogió la posición según la cual, respecto a los límites del poder de reforma, la Corte puede declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo, cuando dicha modificación, excediendo esos límites, se sustituye la Carta Política por otra.

Volviendo sobre la cuestión planteada, el modelo de control fiscal en Colombia ha tenido diferente regulación y alcance constitucional, con sistemas de control como el *previo, perceptivo y posterior*, que luego en la Constitución de 1991 fue reemplazado por el control fiscal *posterior y selectivo*, al que por vía legal se le introdujo herramientas de la *función de advertencia*, que no superó el examen de asequibilidad de la Corte Constitucional a la luz del artículo 267 constitucional inicial, que precisamente eliminaba el control fiscal previo y perceptivo.

Sin embargo, la legitimidad y eficacia de una categoría dogmatiza en estricto sentido del derecho, no puede sustentarse y depender únicamente del nivel jerárquico con el que ahora se mire en la legislación. Subir de rango – legal a constitucional – determinado precepto jurídico, en manera alguna, por ese solo hecho, puede hacer de esa categoría dogmática compatible con otros principios vigentes en la Constitución.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. El concepto de Inconstitucionalidad en el Derecho Contemporáneo. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2013 (colección ensayos N° 21) Pág. 137-138

<sup>2</sup> Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo. 16ª Edición. Editorial Porrúa. México 2009. Pág. 232. "35. La construcción escalonada del orden jurídico". "En lo anterior repetidas veces se apuntó a la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede

En el discurso jurídico desempeñan típicamente un papel argumentos normativos que en caso de colisiones de reglas justifican a las luz de principios la elección de la norma adecuada en cada caso,<sup>3</sup> por ello, la importancia de responder desde la investigación académica, a la pregunta de si ¿es posible que puedan conjugarse categorías aparentemente contrarias como lo son el control *posterior y selectivo*, con los nuevas categorías complementarias a estas, esto es el control *preventivo y concomitante*, y la reavivada herramienta, ahora de rango constitucional, *la función de advertencia*? que como ya vivos, en una evaluación constitucional inicial, dicha figura no pudo coexistir, con el control *posterior y selectivo*, pero que, ahora, con nuevo rango y un nuevo alcance, se presenta como constitucionalmente admisible y que, a su vez, impidan el abuzo o coadministración del ente de control en el ejercicio de estas potestades.

Del análisis de la Sentencia C-140 de 2020, surge dos preguntas entonces ¿qué criterios se utilizaron en la sentencia para calificar o no con fundamental un principio constitucional?

Esta, sin duda, resulta ser una cuestión que amerita una mayores líneas; sin embargo, en sentencia C-140 de 2020, la Corte Constitucional de tajo determinó que el *control fiscal posterior y selectivo* no era un principio fundamental de la forma de ejercer el control fiscal según la Constitución de 1991, sin establecer ningún de interpretación o de identificación de dichos principios fundamentales, siendo contraria esta posición a la prohibición de coadministración, que ha sido tratada desde la alta corte constitucional<sup>4</sup> en donde ha expuesto que «*la función de advertencia implica una intervención de la Contraloría con carácter previo a la adopción de decisiones y la culminación de los procesos y operaciones administrativas*»

Como lo dispone la literalidad de la norma acusada la función de advertencia recae sobre «*operaciones o procesos en ejecución*». De acuerdo con los lineamientos fijados por la Contraloría General de la República, se trata de un instrumento de carácter “*preventivo y proactivo*” que le permite a esta entidad intervenir antes de que culminen los ejercicios de gestión fiscal sometidos a control, para así no convertirse «*en mero certificador de detrimentos al patrimonio público*».<sup>5</sup>

---

acaecer de manera que una norma solo prescribe el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo - y hasta cierto grado – también se determine el contenido de la norma producida”.

<sup>3</sup>HABERMAS, Jürgen. “Facticidad y Validez. Pág. 281

<sup>4</sup> Sentencia C-103 de 2015

<sup>5</sup> Contraloría General de la República, Circular No. 005 del 21 de junio de 2007 (los fragmentos citados se encuentran a fols. 53 a 54).5r

De acuerdo con lo anterior, las advertencias constituyen una modalidad de uso directivo del lenguaje, por cuanto este tipo de actos de habla se emiten con el propósito de suministrar al destinatario una razón para actuar conforme a la advertencia (realizando o absteniéndose de hacer una acción determinada). En ese orden de ideas, establecer si una advertencia ha de interpretarse como una directiva débil, que no pretende tener ni tiene efectos vinculantes para su destinatario, o bien como una directiva fuerte, que pretende o de hecho genera un efecto compulsivo, no dependerá tanto del tono empleado por el emisor, sino de si el mismo está en posición de ejercer autoridad respecto de la persona a quien se dirige.

La hipótesis prevista en la norma demandada contempla un supuesto en donde quien profiere la advertencia está en situación de ejercer autoridad sobre el destinatario, por cuanto se trata precisamente de la entidad que tiene a su cargo el control externo y el ejercicio de la potestad sancionadora en materia fiscal respecto de las personas y entidades sometidas a este tipo de controles. Así las cosas, aunque la Contraloría no formule sus advertencias en un tono imperativo y se cuida de imponer a la administración un cierto curso de acción, la posición en que se halla esta entidad respecto de los destinatarios del control de advertencia, genera en estos últimos una disposición a interpretar tales advertencias como directivas fuertes y, en consecuencia, a conferirles una injerencia decisiva al momento de efectuar el balance de razones para acatar la advertencia, o en todo lo contrario; pues, si la advertencia no es compulsiva, no tendría eficacia y sería pertinente entonces preguntarse, si ¿de verdad no existen otras herramientas que cumplan el mismo propósito.

En conclusión, para establecer si determinado principio constitucional encuentra algún límite al poder de reforma, se hace necesario establecer criterios diferenciadores y análisis de fondo de mismo. Para ello, *«aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales – intangibilidad articulada – y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución, que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” en la Constitución»* y en tal sentido restringir o hacer menos efectivo el control fiscal *posterior y selectivo* con la denominada *función de advertencia* es pretender mezclar el agua con el aceite.

## 6. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Para abordar las categorías dogmáticas que nos proponemos en la presente investigación, es importante introducir su análisis a partir de las características del ejercicio del control fiscal que se practicaba antes de la promulgación de la Constitución de 1991, el cual se adelantaba a través de las modalidades de control fiscal previo, perceptivo, posterior y selectivo, para luego acceder al cambio de concepción que se instauró a partir de 1991, esto es, en tanto control posterior y selectivo, actualmente vigente; asimismo, realizar un examen sobre la función de advertencia que contemplaba el Decreto Ley 267 de 2000, el cual en su artículo 5 numeral 7, facultaba a la Contraloría General de la República 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*».

Como se sabe, dicha facultad prevista en una norma de rango legal, no pudo superar el examen de constitucionalidad a la luz del artículo 267 superior que contemplaba como principio del control fiscal que este se ejercería de manera posterior y selectiva, según se indicó<sup>6</sup>. Consecuentemente, se trata de hacer un estudio crítico sobre las nuevas categorías del control fiscal *preventivo y concomitante* que se ejerce a través de la nueva *función de advertencia* ahora de rango constitucional, al tenor de las modificaciones introducidas al control fiscal posterior y selectivo de 1991 a través del acto legislativo 004 de 2019.

La *función de advertencia* y el nuevo sistema de control fiscal *preventivo y concomitante*, imponen una revisión de dichas categorías constitucionales, y de qué manera, ahora sí, resultan compatibles y necesarias con el control fiscal *posterior y selectivo* consagrado en la misma disposición constitucional. A partir del planteamiento de dicho problema, se pretende responder a la siguiente pregunta:

¿Puede articularse el sistema de control fiscal *posterior y selectivo*, con las nuevas categorías complementarias, esto es, el control *preventivo y concomitante*, y la reavivada herramienta, de la *función de advertencia*, sin incurrir en actos de coadministración por parte del ente de control?, así mismo, si a partir de las posibilidades que implica el ejercicio del control fiscal, tal como se concibió en la Constitución de la 1991, ¿el Acto Legislativo 004 de 2019 era de imperiosa necesidad para los fines que fue propuesto, o si por el contrario, se trata de un populismo constitucional?

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015. M.P. Maria Victoria Calle Correa

## 7. OBJETIVOS

### 7.4. Objetivo General:

Analizar desde el punto de vista de la dogmática jurídica, la compatibilidad constitucional de los conceptos del control fiscal preventivo y concomitante y la función de advertencia, con el principio constitucional del control fiscal posterior y selectivo y la prohibición de coadministrar.

### 7.5. Objetivos específicos:

- Analizar el alcance de las funciones de la Contraloría General de la República a partir del Acto Legislativo 04 de 2019, con el desarrollo del Decreto Ley 403 de 2020, en ejercicio del control fiscal preventivo y concomitante.
- Analizar si del ejercicio de la función de advertencia se podrían derivar eventos de coadministración.

## 8. METODOLOGÍA

Para abordar la investigación de las categorías jurídicas señaladas, acudiremos a la denominada dogmática jurídica, doctrina o ciencia del derecho. *«Esta disciplina – o, para mejor decir, esta perspectiva, aplicada sobre distintos objetos normativos, como las normas constitucionales, civiles, penales, administrativas, laborales, internacionales, las decisiones judiciales...- es la principal fuente de socialización de los futuros juristas en el lenguaje del derecho, y la principal fuente de bibliografía de consulta de distintos*

*operadores prácticos del derecho – abogados, jueces, legisladores, administradores – para sustentar o justificar sus decisiones».*<sup>7</sup>

En la presente se abordaran las categorías dogmáticas en las que se funda el sistema de control fiscal de la gestión pública del Estado en Colombia que, a partir del Acto Legislativo 004 de 2019 tuvo un cambio sustancial en la medida en que se introdujeron al ordenamiento constitucional las categorías de control fiscal preventivo, control fiscal concomitante y la función de advertencia, y todo ello, para analizar desde el punto de vista de los alcances y límites al poder de reforma de la Constitución y la armonización dogmática con el control fiscal posterior y selectivo como marco o regla general de la forma de ejercicio del control fiscal.

Dado lo anterior, en la presente investigación haremos uso de una metodología cualitativa con el fin de saber si efectivamente compatible que se establezca el control fiscal preventivo y concomitante y la función de advertencia como complementarios del control fiscal posterior y selectivo, así mismo, si se cumple la finalidad de la reforma constitucional introducida y por supuesto, entender los criterios constitucionales sobre la admisibilidad de una reforma constitucional como esta.

En virtud de dicha metodología, con base en información primaria, de carácter público, proveniente de la Contraloría General de la República, relativa a los reglamentos internos, directrices, actuaciones en mesas interinstitucionales, desde el punto de vista de la eficacia, es posible revisar la compatibilidad de las categorías del control fiscal a partir del acto legislativo ya señalado, con la prohibición de coadministración de los entes de control de cara al principio de separación de poderes.

Tiene importancia relevante para nuestro estudio la sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020, mediante la cual, el máximo tribunal constitucional decidió declarar ajustadas a la Constitución las expresiones demandadas del artículo 1º y el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019, decisión que contó con un salvamento de voto y dos aclaraciones de voto.

Sobre dicha decisión es importante traer a colación el numeral 95 de la misma, en la cual se expresó:

---

<sup>7</sup> COURTIS, Christian. Ecos cercanos *Escritos Sobre Derechos Humanos y Justicia*. En *Colección Derecho y Sociedad*. Grupo IDEAS (*Investigación, Derecho y Acción Social*) Facultad de Derecho Universidad de los Andes Bogotá Colombia, Editorial Siglo del Hombre – Universidad de los Andes. Pág. 17

95. Sentado lo anterior, la Corte considera indispensable destacar que el Acto Legislativo 4 de 2019 se cuidó de advertir que el control preventivo y concomitante: (i) no implicará coadministración; (ii) se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos; (iii) mediante el uso de tecnologías de la información; (iv) con la participación activa del control social y con la articulación del control interno; (v) con carácter excepcional no vinculante; (vi) sin que pueda versar sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos y finalmente (vii) realizándose en forma de advertencia al gestor fiscal, cuyo ejercicio y coordinación corresponde exclusivamente al contralor general de la República en materias específicas.

Al respecto, para el análisis de las categorías dogmáticas alrededor de la reforma al control fiscal se requiere un ejercicio hermenéutico para afrontar de mejor manera el reto de analizar y entender los entandares constitucionales utilizados para declarar exequible el Acto Legislativo 004 de 2019. *«De hecho, lo que puede llamarse “teoría estándar de argumentación jurídica” parte de una distinción clara (que no suele encontrarse en los cultivadores más tradicionales de la metodología jurídica), por un lado, entre la decisión (judicial) y el discurso referido o conectado con la decisión; y, por otro lado, (en el plano del discurso) entre el carácter justificativo y el descriptivo y explicativo; la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es, de las razones que ofrece como fundamento – motivación – de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisiones (el contexto del descubrimiento) que exigirá tomar factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etc.»*.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Concepciones de la Argumentación. Ed. Ariel Derecho. Barcelona 2006. Pág. 13

## 9. ESTADO DE LA MATERIA

### 9.1. Antecedentes de las categorías dogmáticas de los sistemas de control fiscal en Colombia

A partir de la Constitución Política de 1991, el constituyente colombiano optó por darle especial regulación a las entidades que ejercerán control a las funciones del ejecutivo. De la misma manera, estableció sistemas y principios para el ejercicio de dicha función de control de manera más especializada, técnica, autónoma e independiente.

En cuanto al control fiscal, tenemos que, este tiene rango constitucional y se ejerce sobre todos los bienes y recursos públicos en Colombia bajo el sistema de *control posterior y selectivo* como principio constitucional para su ejercicio y, que se encuentra bajo responsabilidad de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales.

Este control que se ha establecido para el Estado sin importar el régimen político que este haya adoptado, se presenta en Colombia desde los propios inicios del descubrimiento y la colonia<sup>9</sup>, con las características propias de la época. Debido al constante avance del Estado, la forma como se ejerció el control fiscal en Colombia tuvo un gran hito a principios del siglo XX, cuando fue necesario reevaluar el sistema del control fiscal en nuestro país, y en especial por la gran crisis económica con la que se inició este periodo por el manejo que se le dio a los recursos públicos en relación, principalmente, con la guerra.<sup>10</sup>

Colombia, en tanto Estado social de derecho, no puede escapar al concepto de control sobre las entidades públicas, mixtas, o sobre los particulares que manejen recursos estatales, pues los principios estructurantes del mismo discurren como garantía para la buena marcha de todas las funciones del Estado. Bajo el criterio de responsabilidad como pilar de nuestra organización política, el control fiscal en Colombia vigila la adecuada y correcta administración de los bienes y recursos públicos, para lo cual, el proceso de revisión y auditoría busca, entre otras cosas,

---

<sup>9</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, Recopilación de las leyes de las indias, Libro Octavo, Título Primero, “*De la contaduría de las cuentas y sus ministros*”, en: [https://leyes.congreso.gob.pe/leyes\\_indias.aspx](https://leyes.congreso.gob.pe/leyes_indias.aspx) (On line), actualizado noviembre 15 de 2020.

<sup>10</sup> CARREÑO, Pedro María. Apuntes sobre Derecho Administrativo, Citado por MALAGÓN PINZÓN, Miguel y BRITO RIZ, Fernando. Influencia del Derecho Administrativo norteamericano en nuestra administración pública, las misiones Kemmerer y Currie. En: Teoría de la Organización Administrativa Colombiana. Bogotá DC: Universidad del Rosario, 2006. p.26

identificar los hechos que generan detrimento patrimonial por la conducta de quienes tienen a cargo determinada gestión fiscal.

Como bien lo advierte la Corte Constitucional, *«La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse (sic) el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares»*.<sup>11</sup>

La validez<sup>12</sup> del nuevo sistema para la gestión fiscal de la administración se sustenta por lo expuesto en el principio de legalidad, al cual se adiciona en el momento presente la eficacia, la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El interés general, que en todo momento debe perseguir la administración, muestra que su objeto y justificación estriban en su satisfacción, y solo se logra realizar si las entidades del Estado administran los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales.

Sin embargo, con la reforma constitucional dichos mandatos pueden entrar en tensión con el propio cuerpo constitucional. Esta expresión puede ser enigmática. *«Es más pareciera ser que se trata de un oxímoron que da lugar a un sinfín de preguntas y que tiene que ver con elementos últimos del derecho constitucional. ¿Es posible que exista una reforma – que hace parte de la constitución - contraria al texto constitucional? ¿Puede una parte de la constitución ser inconstitucional? ¿Tiene límites el poder constituyente? Y si existen, ¿Cuáles son esos límites? ¿Quién debe verificar su cumplimiento y como debe hacerlo?»*.<sup>13</sup> Por ello, el reto que asumimos al plantear la necesidad de un mayor control material de los actos legislativos y que puede ser cuestionado desde el punto

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-167 del 20 de abril de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald, *“Los Derechos en Serio”*, Editorial Ariel S.A., 3° reimpresión, Barcelona, España. 1997. P. 69.

<sup>13</sup> ROZNAI, Yaniv, «Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Los límites al poder de reforma». Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Diciembre de 2020. P. 15.

de vista constitucional, nos impone el estudio de las categorías dogmática y un criterio de necesidad y eficacia ante las reformas constitucionales.

Desde luego que el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, ya que no solamente se dirige hacia la protección del patrimonio público, la exactitud de las operaciones y de su legalidad, sino que, además, deberá ocuparse del «*control de resultados*», que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera eficiente, para mejor garantía del cumplimiento de los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 2o. de la C.P.

De lo anterior se sigue que el control fiscal no está referido a todas las actividades que impliquen gestión pública, sino a las que entrañen gestión fiscal. En este sentido:

*El concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.<sup>14</sup>*

## **9.2. Las nuevas herramientas para el ejercicio del control fiscal**

La necesidad histórica de prohijar los distintos sistemas de control a los poderes y potestades que ejerce el Estado, implica su constitucionalización en cuanto órganos autónomos e independientes encargados del ejercicio del control sobre el ejercicio

---

<sup>14</sup> Corte constitucional, Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de las funciones administrativas de las distintas entidades públicas. Es así como el artículo 113 de la Constitución Política establece que, «...*además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado...*» y en el artículo 117 se destaca a la Contraloría General de la República como un órgano de control, la cual, según el artículo 267, se encargará de la vigilancia y el ejercicio del control fiscal.

Colombia, dado su carácter de Estado social de derecho, no puede marginarse del sistema de pesos y contrapesos característico en los Estados democráticos, cuyo fin principal es controlar y equilibrar el ejercicio del poder.

También es posible el estudio del control fiscal como pilar de nuestra organización política, donde este control se encarga de la vigilancia para la adecuada y correcta administración de los bienes y recursos públicos, para lo cual dispone de herramientas como las auditorías fiscales y los procesos de responsabilidad fiscal, a fin de lograr el resarcimiento del detrimento patrimonial causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes tienen a cargo determinada gestión fiscal.

El ejercicio del control tiene como propósito general la garantía de la materialización de los principios constitucionales de la función pública (art. 209 C.P.), así como la forma como se ejercen las funciones por los entes del Estado, sus funcionarios y colaboradores, respecto de los cuales se evalúa y controla la gestión fiscal.

Por ello, consideramos pertinente analizar e investigar el ejercicio del nuevo control fiscal dispuesto en la modificación constitucional introducida mediante el Acto Legislativo 04 de 2019, desde dos perspectivas. Por un lado, atendiendo a los desafíos del ejercicio de las potestades de control fiscal y la manera en que se dispondrá su desarrollo legal y reglamentario, y por otro, analizando las consecuencias que puede comportar la reforma constitucional al amparo de una nueva concepción de la gestión fiscal por parte de los sujetos de control, los cuales deberán adaptarse a una nueva forma de control, a fin de cumplir con las principios y valores constitucionales en el ejercicio de las funciones públicas.

## El control fiscal

*(...)constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquella y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como*

*son las contralorías (nacional, departamental, municipal y distrital), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública.*<sup>15</sup>

Como sistemas para el ejercicio del control fiscal, desde la Constitución Política de 1991 se estableció que el control fiscal es una actividad eminentemente técnica y que se ejerce de manera *posterior y selectiva*, diferente al sistema anterior, que en vigencia de la Ley 20 de 1975<sup>16</sup> imperó como un control fiscal *previo, perceptivo, posterior y selectivo*.

El control fiscal previo, a partir de la Ley 20 de 1975 se encontraba definido en el Decreto 925 de 1976<sup>17</sup> y 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*».<sup>18</sup>

Por su parte, el control fiscal perceptivo consistió en la «*comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros*».<sup>19</sup>

Dentro de los defectos que presentaba el modelo de control fiscal *previo y perceptivo*, en la Sentencia C-103 de 2015, la Corte Constitucional señala lo siguiente:

*(...) la implementación del sistema previo de control fiscal buscaba precaver la comisión de irregularidades en el manejo de los bienes públicos, pues con el mismo se aspiraba a que “la liquidación y la comprobación de las erogaciones públicas fueran revisadas y aprobadas por el fiscalizador antes de que salgan los dineros de las cajas públicas.”<sup>20</sup> Sin embargo, se formularon objeciones a este modelo por cuanto: (i) propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba, cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la Administración; (ii) el ejercicio del control previo, pese a sus*

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>16</sup> Congreso de Colombia, Ley 20 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*”.

<sup>17</sup> Presidencia de la República de Colombia, Decreto Nacional 925 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*”.

<sup>18</sup> *Ibidem.*, artículo 2

<sup>19</sup> *Ibidem.*, artículo 3

<sup>20</sup> LASCARRO, Leopoldo “Administración Financiera y el Control Fiscal”, citado por Abel Cruz Santos, “el presupuesto colombiano”, Editorial Temis, 1963, pág. 245. Citado a su vez por Diego Younes Moreno, Régimen del Control Fiscal y del Control Interno. Editorial Legis, tercera edición, Bogotá, 1998, Pág. 192

*connotaciones administrativas, no implicaba responsabilidad administrativa alguna para la Contraloría y además comprometía la necesaria independencia y autonomía del ente fiscalizador; (iii) paradójicamente, se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción.*

*Estas críticas formaron parte medular del debate sobre la reforma al régimen fiscal que tuvo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente. Es así como en uno de los informes de ponencia sobre el tema se admitió que «[e]l control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración, que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas».<sup>21</sup> Asimismo, fue clara la intención del constituyente de evitar la interferencia de los organismos de control fiscal en la actividad administrativa de las entidades sometidas a control.<sup>22</sup>*

Ahora bien, dados los inconvenientes que presentaba el modelo de control fiscal *previo, perceptivo, posterior y selectivo*, en la Constitución de 1991 se optó por acoger el modelo de control fiscal posterior y selectivo, donde el control posterior hace referencia a la *«vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal»*.<sup>23</sup>

Sin embargo, el cambio de esquina en la forma del ejercicio del control fiscal ha develado otros problemas, donde al parecer los extremos no siempre resultan convenientes, pues, antes de la Carta de 1991 imperaba una regulación constitucional y legal fuerte que permitió excesos en el ejercicio de control fiscal, y se pasó al otro extremo, el cual ha permitido que se consoliden perjuicios patrimoniales en contra de las entidades e intereses del Estado, y todo como

---

<sup>21</sup> Informe de Ponencia presentado por Álvaro Cala Hederich, Jesús Pérez González, Helena Herrán de Montoya, Mariano Ospina Hernández, Germán Rojas y Carlos Rodado Noriega. *Gaceta Constitucional* N° 53 pág. 19, reiterado en el Informe de Ponencia para Primer Debate presentado por los anteriores y publicado en la *Gaceta Constitucional* No. 77, pág. 2.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015, del 11 de marzo de 2015.qsxaxdlñ M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>23</sup> Artículo 5 de la Ley 42 de 1993

consecuencia del aumento de la corrupción en el país.<sup>24</sup> Por ello, como justificación de la nueva reforma constitucional se esgrime el argumento de generar más y mejores controles, al consagrarse figuras como el control *preventivo y concomitante* y regresándole a la Contraloría General la *función de advertencia*.

En el nuevo esquema constitucional, el *control fiscal preventivo y concomitante* se adopta como sistema complementario del actual espectro de control fiscal posterior y selectivo, con el objeto de ejercer vigilancia y control a la gestión fiscal en tiempo real y que el mismo sea efectivo para la prevención del daño patrimonial al Estado, de la mano de dos herramientas de notable presencia como lo son *la función de advertencia y la función de intervención*, que se unen a la facultad, ya prevista en la Constitución, de exigir la suspensión de funcionarios bajo el principio de *verdad sabia y buena fe guardada*, que, curiosamente, no tiene desarrollo legal, a pesar de casi 30 años de estar prevista en la Constitución, y de la cual se ha hecho uso a partir de la reglamentación de la Contraloría General de la República y del control constitucional por intermedio de los fallos de tutela.

Concomitancia y prevención son dos aspectos del control mutuamente interrelacionados. El control concomitante debe entenderse con referencia al “momento” en que puede intervenir el órgano de control fiscal, el cual estará determinado por la identificación de un riesgo o daño inminente sobre el patrimonio público, que se realiza en desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal. Esa circunstancia entonces activa el control, aun cuando se trate de operaciones o procesos en ejecución. Obviamente, el riesgo que habilita la intervención de control es aquel que supere el riesgo inherente a la gestión y que, por lo mismo, tiene alta probabilidad de ocurrencia y sus efectos sobre la gestión son mayores.<sup>25</sup>

Respecto de la función de advertencia, esta facultad se estableció a partir del Decreto-Ley 267 de 2000, el cual en su artículo 5 numeral 7 facultó a la Contraloría General de la República 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*». Sin embargo, dicha facultad no pudo superar el examen de constitucionalidad a la luz del artículo 267 constitucional que establecía como principio del control fiscal que este se ejercería de manera posterior y selectiva.

Al respecto, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

---

<sup>24</sup> Congreso de la República de Colombia, Gaceta del Congreso nro. 153. Cámara de Representantes, “Proyecto de Acto Legislativo 355 de 2019 Cámara *“Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”*.”

<sup>25</sup> *Ibidem*.

47. Como lo dispone la literalidad de la norma acusada la función de advertencia recae sobre “operaciones o procesos en ejecución”. De acuerdo con los lineamientos fijados por la Contraloría General de la República, se trata de un instrumento de carácter “preventivo y proactivo” que le permite a esta entidad intervenir antes de que culminen los ejercicios de gestión fiscal sometidos a control, para así no convertirse “en mero certificador de detrimentos al patrimonio público”.

Queda claro entonces que la función de advertencia supone una intervención previa a la adopción de las decisiones administrativas y a la culminación de los procesos y operaciones susceptibles de control fiscal. Con ella se anticipa la intervención de la Contraloría y se excepciona el criterio general según el cual la función de aquella entidad “empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”. Es precisamente el carácter previo y no posterior el que confiere sentido a la formulación de advertencia, ya que frente a las decisiones ya adoptadas o los hechos consumados sólo queda certificar la existencia de un daño patrimonial y propender por su resarcimiento.<sup>26</sup>

Y más adelante concluyó:

52. De lo expuesto se concluye que la función de advertencia, a la vez que un mecanismo de control, se realiza en un momento previo y no posterior a la toma de decisiones administrativas o a la culminación de procesos u operaciones sometidas a vigilancia fiscal, con lo cual la norma que la establece contraviene lo dispuesto en el artículo 267 superior, en lo atinente al carácter a posteriori que debe tener el control fiscal.<sup>27</sup>

Como se ha visto, el modelo de control fiscal en Colombia ha tenido diferente regulación y alcance constitucional, con sistemas de control como el *previo*, *perceptivo*, *posterior* y *selectivo*, que luego en la Constitución de 1991 fue reemplazado por el control fiscal *posterior* y *selectivo*, al que por vía legal se le introdujo la herramienta de la *función de advertencia*, que no superó el control de validez de la

---

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-103 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>27</sup> Ibidem

Corte Constitucional a la luz del artículo 267 superior primigenio, que precisamente eliminaba el control fiscal previo y perceptivo.

Empero, la legitimidad y eficacia de una categoría dogmática en estricto sentido jurídico, no puede sustentarse *per se* y mucho menos en el principio de validez por la forma como fue expedida. En este sentido, la concepción de la *función de advertencia* en relación con el principio constitucional del control fiscal posterior y selectivo no puede depender únicamente del nivel jerárquico con el que ahora se mire en la legislación. Subir de rango – legal a constitucional – determinado precepto jurídico, en manera alguna, por ese solo hecho, puede hacer de esa categoría dogmática algo compatible con otros principios vigentes en la Constitución.<sup>28</sup>

## 10. EL EJERCICIO DEL NUEVO SISTEMA DE CONTROL FISCAL Y LOS RESULTADOS DE LA FUNCIÓN DE ADVERTENCIA

Sentado lo anterior, en el proceso de investigación y formulación del trabajo definitivo me propongo demostrar la siguiente hipótesis:

El nuevo sistema del control fiscal *preventivo y concomitante* y, la revivida *función de advertencia*, por sus connotaciones jurídicas, son incompatibles con el sistema de control fiscal *posterior y selectivo*, y ante las actuales competencias y facultades de la Contraloría General en Colombia, resulta apenas retórica la inclusión en el texto constitucional de una expresión que indique que, su ejercicio es de carácter excepcional, no vinculante y no implica coadministración, dado que estas constituyen categorías que, en su alcance suponen una intervención y fuerte influencia *ex ante*, en la toma de las decisiones administrativas y las mismas no responden a la finalidad de la reforma constitucional, como lo fue la lucha contra la corrupción y la protección oportuna del patrimonio público, cuando a más de tres

---

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo. 16ª Edición. Editorial Porrúa. México 2009. Pág. 232. “35. La construcción escalonada del orden jurídico”. “En lo anterior repetidas veces se apuntó a la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede acaecer de manera que una norma solo prescribe el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo - y hasta cierto grado - también se determine el contenido de la norma producida”.

años de aprobarse la reforma, solo se han adelantado cinco controles de advertencia.

## 11. EL SISTEMA DE CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

### 11.1. Antecedentes históricos y justificación político-democrática de la teoría del control fiscal

Dada la naturaleza de la condición del ser humano, es necesaria la existencia de diversos controles con el fin de evitar que quien ejerce el poder pueda abusar de él<sup>29</sup>, en perjuicio de la democracia y el Estado social de derecho. El Estado de derecho se caracteriza por la separación de poderes, de modo que cada cual tenga funciones diversas sin absorber al otro; el Estado de derecho se opone por definición al tiránico, en el que el déspota no soporta estructura legal alguna sobre sí.<sup>30</sup>

Por eso en los Estados modernos el poder se encuentra repartido en varias ramas y órganos, al paso que las competencias de esos órganos se determinan en la Constitución y en las leyes, que prevén también instituciones especializadas en la contención del ejercicio del poder: estos son los denominados órganos de control.<sup>31</sup>

En tales condiciones, el control sobre la gestión fiscal del Estado hace parte de una de estas categorías, inspirado en el Estado social de derecho, cuya justificación desde el punto vista político tiene acento a partir de la concepción del Estado de derecho, en tanto estructura contentiva del principio democrático, al tiempo que se establece la participación del pueblo en cuanto titular de la soberanía y, específicamente, la participación y el control de la comunidad sobre la administración de los recursos económicos de la sociedad. De esta manera, en el

---

<sup>29</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia del 7 de marzo de 2005, M.P. José Antonio Molina Torres.

<sup>30</sup> YOUNES MORENO, Diego, *"Derecho de control fiscal, vigilancia para una gestión transparente de lo público"*, quinta edición actualizada, Grupo editorial Ibáñez, Asociación mundial de transparencia, academia colombiana de abogacía. Bogotá D.C. 2006. P 30.

<sup>31</sup> Ibidem.

Estado contemporáneo quien gobierna no lo está haciendo en su propio nombre; antes bien, lo hace en nombre de las personas que le han dado la representación y a la cual deben rendir cuentas de la gestión adelantada.

### **11.2. El principio de separación de funciones en el ejercicio del poder como eje fundamental e histórico en los Estados modernos**

El principio de separación de funciones en el poder está íntimamente ligado a la forma de organización de cada Estado para dicho ejercicio. Sobre el ejercicio del poder del Estado, a través de la historia encontramos diferentes formas de organización, pero en general se caracterizan aquellos Estados que propenden por la monopolización del poder en contraposición de los Estados que defienden su organización basados en el reparto del poder.

En cuanto al principio de división del ejercicio del poder y su evolución histórica distinguimos tres de los más importantes pensadores de esta corriente, como son: Nicolás Maquiavelo, Jean Bodino y Tomás Hobbes.

Desde el punto de vista político, Maquiavelo (1469 – 1527), en su principal obra, *«El Príncipe»*, traza consejos para los gobernantes a partir de un realismo político, con el único propósito de conservar y afianzar el poder. Maquiavelo se aparta de la preocupación tradicional sobre el fin del Estado, que había ocupado el interés de los pensadores antiguos y medievales. Para el florentino el poder es un fin en sí mismo. En esta forma separa la política de la ética y presenta al Estado como un sistema autónomo de valores independientes de cualquier otra fuente<sup>32</sup>.

Por su parte Bodino (1530 – 1596), introduce el concepto de soberanía como *«el poder absoluto y perpetuo del Estado»*<sup>33</sup> para él, *«puede haber múltiples relaciones entre los miembros de una comunidad, pero la sujeción al soberano es la que los hace ciudadanos. El soberano es responsable ante Dios y está sometido a la ley natural, pero es él quien crea el derecho y no tiene otras limitaciones, salvo si se derivan de un pacto suyo con los súbditos o con otros estados»*.<sup>34</sup>

Tomás Hobbes, de origen inglés y quien vivió entre 1588 y 1679, expresa su pensamiento sobre la teoría del Estado, a través de su obra *«El Leviatán»*, cuya teoría hoy es conocida como contractualista, donde, según interpretación del

---

<sup>32</sup> TRUJILLO MUÑOZ, Augusto, *El Estado y el derecho*, Ediciones Academia colombiana de jurisprudencia. Santa fe de Bogotá. D.C. 2001. P. 68.

<sup>33</sup> *Ibidem.*, P. 69.

<sup>34</sup> *Ibidem.*, P. 69.

profesor Isidro Hernández, cada individuo mantiene su poder soberano o poder político, esto es, que no está sometido a ninguna ley impuesta por otro hombre o por una sociedad; en otras palabras, ninguna persona manda sobre otra. Este es un Estado que no permite la convivencia social ni la existencia de mercados. De acuerdo con Hobbes, cuando cada individuo posee su poder político aumenta la posibilidad de entrar en guerra con otros hombres porque cada uno tratará de imponerse a los demás y estos a no permitirlo, lo cual hace que la convivencia social se rompa; en este momento, los mercados no funcionan porque no existe un mecanismo social que garantice el cumplimiento de los contratos que allí se acuerdan.<sup>35</sup>

Para comienzos del siglo XVII es cuando tiene fuerza la idea, según la cual, el poder no es exclusivo de un gobernante, como tampoco que proviene de un poder divino, sino que pertenece a toda la comunidad porque la soberanía reside en el pueblo y desde aquí proviene el poder del Estado.

Estas ideas, de estirpe democrática, habían sido expuestas por juristas, teólogos e historiadores que se conocieron como filósofos del derecho, cuya doctrina de la soberanía se basa en un consentimiento libre de los gobernados, que surgieron como manifestación contraria del pensamiento cristiano de la Edad Media, auspiciado por Agustín de Hipona, Isidoro de Sevilla, Juan de Escoto y Tomás de Aquino, defensores de la teoría según la cual el poder político proviene de la voluntad divina.<sup>36</sup>

En este orden de ideas, si el poder ya no es monopolizado por un gobernante, sino que pertenece a toda la comunidad, su difusión es inevitable. Por lo tanto, se hace indispensable establecer mecanismos prácticos que canalicen el ejercicio de ese poder, para garantizar el necesario orden social.<sup>37</sup>

Es así como la noción de control se concibe en torno del Estado de derecho, donde se puede destacar el postulado según el cual el Estado de derecho en su estructura, debe propiciar, *«una estimable confianza en la razón humana y en las posibilidades de limitar racionalmente al poder a través de esa creación de dicha razón que es el Derecho»*.<sup>38</sup>

A partir de esta concepción surge el principio de separación de poderes, conforme al cual, a pesar de que el poder del Estado es realmente uno, resulta claro distinguir

---

<sup>35</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Isidro, Teoría y Política Fiscal, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2005, P. 25.

<sup>36</sup> TRUJILLO MUÑOZ, Augusto, ob., cit., P.72

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Estructura del Poder Público en Colombia, octava edición, Bogotá D.C. Editorial Temis, 2001, P. 2.

<sup>38</sup> TRUJILLO MUÑOZ, Augusto, ob., cit., P.98.

tres funciones fundamentales. El ejecutivo, el legislativo y el judicial. El tratadista Libardo Rodríguez explica claramente la evolución que ha tenido este principio en cuatro fases. La primera evolución, a la que denomina, «*regreso a la idea de que el poder público es uno solo, aunque conformado por varios órganos o ramas*». La segunda evolución la llama, «*el principio de colaboración entre los diferentes órganos o ramas del poder público*». Una tercera evolución como, «*ampliación del objeto de la función ejecutiva y del concepto de rama ejecutiva*». Y una última evolución, «*abandono de la concepción tripartita de la separación de poderes*».<sup>39</sup>

A la luz de esta última evolución campea el principio de control. Augusto Trujillo lo destaca como la función de control, respecto de la cual, un Estado democrático es aquel que se sustenta en dos principios: el principio de las libertades y el principio de control.<sup>40</sup>

En este mismo sentido nuestra Carta Política ha prolijado la concepción tripartita del poder, a cuyos efectos el artículo 113 prevé: «*Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva, la judicial. Pero tal como se dejó expresado en renglones precedentes, que no existe una verdadera democracia sin control, nuestra Constitución dispone en el mismo artículo que: «además de los órganos que la integran, existen otros autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*».

Guardando esta filosofía, la Constitución Política en los artículos 117 y 119 registra la existencia de la Contraloría General de la República como un órgano de control, cuya función es la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la Administración.

### **11.3. Las distintas categorías y herramientas para el ejercicio del control fiscal**

Para el análisis de las categorías objeto del presente trabajo de investigación, encontramos que las mismas tienen rango constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Constitución de 1991, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, en el cual se señala que el control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público, con la concurrencia de la advertencia al gestor fiscal.

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, ob., cit. P. 3-4.

<sup>40</sup> TRUJILLO MUÑOZ, Augusto, ob., cit., P.102-110.

### 11.3.1. Control fiscal posterior

Como resultado de los nuevos principios orientadores adoptados a partir de la Constitución de 1991, el constituyente de la época abandonó la concepción del control fiscal previo, introduciendo un nuevo modelo constitucional para el ejercicio de dicho control, esto es, el control posterior y selectivo. Este control se ejerce para evaluar la gestión y resultados de las distintas entidades del Estado, respetando los principios democráticos fundamentales como el de separación de poderes, con la colaboración armónica propia de la gestión pública que les compete.

El modelo de control fiscal posterior y selectivo garantiza la autonomía e independencia de las decisiones de cada entidad del Estado en la gestión pública, en quienes radica la función administrativa, asignándole a la vez un régimen general de competencias a cada entidad.

Por ende, el control fiscal se ejerce en forma posterior, es decir, una vez llevadas a cabo y concluidas las actuaciones operacionales y transaccionales de los respectivos gestores fiscales. La categoría de control fiscal posterior se encuentra prevista para la comprobación jurídica, económica y contable, bajo criterios de racionalización del gasto público para determinar si dicha actuación económica de la Administración se realizó con observancia de las leyes y reglamentos pertinentes. Así mismo, en caso de que las evaluaciones hechas a las actuaciones muestren que los gestores fiscales no se plegaron a los preceptos normativos establecidos previamente, habrá lugar a la apertura de averiguaciones sobre la responsabilidad de quienes intervinieron en dicha gestión.

En suma, el control fiscal posterior, *“empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”*.<sup>41</sup>

### 11.3.2. Control fiscal selectivo

Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

### 11.3.3. Control fiscal preventivo y concomitante

El control fiscal concomitante y preventivo es excepcional, no vinculante, no implica coadministración y corresponde a la potestad de la Contraloría General de la República para formular advertencia a los sujetos vigilados y de control cuando sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en hechos u operaciones, actos, contratos, programas, proyectos o procesos en ejecución, en los que se involucren recursos públicos o se afecten bienes e intereses patrimoniales de naturaleza pública, a fin de que el gestor fiscal evalúe autónomamente la adopción de las medidas que considere procedentes. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República.<sup>42</sup>

Dicha categoría tiene por finalidad garantizar la defensa y protección del patrimonio público a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos, que permita evaluar un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma ordenada, sucesiva e interconectada y eventualmente advertir sobre la posible ocurrencia de daños al patrimonio público. El control concomitante y preventivo se regirá por los principios y sistemas de la vigilancia y control fiscal, teniendo en cuenta la calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio, mediante el conocimiento de la naturaleza de los sujetos vigilados, el marco regulatorio del respectivo sector y de sus procesos, la ciencia o disciplina académica aplicable a los mismos y los distintos escenarios en los que se desempeña.<sup>43</sup>

La posición de la Corte Constitucional se resume en afirmar que, el control concomitante y preventivo en manera alguna paraliza la actividad administrativa. Además, este no resulta vinculante para la Administración y mucho menos entorpece su actividad, pues su ejercicio se materializa a través de la figura de la advertencia, la cual permite que la actuación del gestor continúe<sup>44</sup>, pero, vale preguntarse, qué administrador público será capaz de tomar decisiones contrarias a lo indicado en un control de advertencia, o si para determinada decisión administrativa basta con que se soporte en lo expresado en el control de advertencia. ¿Qué sucederá en materia de responsabilidad, si se llega a materializar un riesgo sobre cierto punto de control que tiene advertencia?, entonces surgen dos cuestiones; ¿se presumirá de plano el dolo o la culpa grave, o se descartará de

---

<sup>42</sup> Presidencia de la República de Colombia, Decreto-Ley 403 de 2020 artículo 54

<sup>43</sup> Presidencia de la República de Colombia, Decreto-Ley 403 de 2020. Artículo 55

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

plano el dolo y la culpa grave? Por supuesto, son cuestiones que impactan el concepto de autonomía e independencia, el principio de responsabilidad y, la prohibición de coadministración que la Corte Constitucional colombiana prefirió pasar por alto, para validar constitucionalmente una supuesta congruencia entre el control posterior y selectivo y el control preventivo y concomitante, en conexidad con la función de advertencia.

Sobre el ejercicio del control concomitante y preventivo de acuerdo al Decreto Ley 403 de 2020 y la Resolución 0762 de junio de 2020, según informe de la Contraloría General de la República,<sup>45</sup> el órgano de control a través de sus delgadas adelantó diferentes actuaciones de control fiscal para el seguimiento permanente a los recursos públicos en las siguientes entidades:

- 1.- Agencia Nacional de Infraestructura – ANI: Concesiones viales.
- 2.- Agencia Nacional de Infraestructura – ANI: Concesiones Aeroportuarias
- 3.- Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil – AEROCIVIL: Aeropuerto del Café.
- 4.- Instituto Nacional de Vías – INVIAS: Alertas emitidas por la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata - DIARI.
- 5.- Fondo Adaptación: Alertas emitidas por la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata - DIARI.

En dichas intervenciones, las *«actuaciones de control fiscal de seguimiento permanente a los recursos públicos, se han enfocado en la recolección y análisis de información sobre la gestión fiscal en todas sus etapas y ciclos, observando el desarrollo o ejecución de los procesos de los sujetos de control, sin intervenir ni tener injerencia en la toma de decisiones, con el fin de obtener información útil para monitorear y analizar los riesgos y controles asociados a la planeación, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos invertidos»*.<sup>46</sup>

Según lo afirma la Contraloría, *«en el marco de los seguimientos permanentes hasta el momento no se ha hecho uso del mecanismo de acompañamiento definido en el artículo 221 de la Resolución 0762 de 2020, se han realizado requerimientos de información y participado en reuniones netamente informativas con las entidades sujetos de control, con agremiaciones como la Cámara Colombiana de Infraestructura, lo cual ha sido insumo para las evaluaciones que realiza el equipo auditor y no constituyen acuerdos. así mismo, se informa que de acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 58 del Decreto 403 de 2020, los*

---

<sup>45</sup> Contraloría General de la República, Oficio N° 2020EE0138498 del 06 de noviembre de 2020

<sup>46</sup> O.b. cit.

*informes internos y demás documentos de trabajo se consideran opiniones o puntos de vista que hacen parte del proceso deliberativo que antecede al ejercicio de la facultad de advertencia del control concomitante y preventivo y por tal razón gozan de reserva».*<sup>47</sup>

Como se observa, es claro que la Contraloría hace parte de las mesas de trabajo de otras entidades que ejercen funciones de manera autónoma e independiente, en ejercicio del control fiscal concomitante y preventivo, donde se materializa entonces lo planteado anteriormente. Es decir, si respecto de la «*información útil para monitorear y analizar los riesgos y controles asociados a la planeación, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos invertidos*» deciden o no ejercer la función de advertencia, cualquiera de estas dos decisiones implica un concepto del órgano de control fiscal de manera previa a la toma de decisiones y que puede constituir coadministración. Pues, abstenerse de recomendar el uso de la herramienta significa en gran medida aprobación previa de las medidas administrativas y recomendar el uso de la medida significa sin duda, la desaprobación de las medidas administrativas que se discuten y que se encuentran en fase de planeación de la respectiva entidad pública competente para la toma de decisiones.

Contrastando lo manifestado por la Contraloría, se tiene lo establecido en una de dichas mesas de trabajo, específicamente uno de los acuerdos celebrados entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y los concesionarios viales en la Cámara Colombiana de la Infraestructura, agremiación que acoge a un gran número de empresarios de obra pública y de concesiones viales del país. Para el efecto y como consecuencia de las dificultades generadas por la COVID-19, el 5 de octubre de 2020 se acordó el documento denominado «Acuerdo suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y los Concesionarios del modo de transporte carretero de Cuarta Generación», el cual expresamente señaló que se contó con el acompañamiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República y la moderación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, en cuyo considerando 14 se plasmó lo siguiente:

*14. Con el objetivo de fortalecer institucionalmente el ejercicio de arreglo directo y contar con las recomendaciones de terceros objetivos y con amplia experiencia en mecanismos alternativos de solución de controversias, las PARTES acordaron hacer partícipes a representantes de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Contraloría*

---

<sup>47</sup> O.b. cit.

*General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, en aras de que estas entidades brindaran un acompañamiento institucional en las sesiones de la mesa de trabajo instalada por las PARTES.*

#### **11.3.4. La función de advertencia**

La función de advertencia es quizá una de las herramientas que más inquieta y, para ello veremos cómo en la perspectiva de la Corte Constitucional se han asumido posiciones sustancialmente diferentes sobre los alcances de dicha categoría. Donde, en un primer momento abordó el problema jurídico para responder a dos cuestiones. (i) si la función de advertencia establecida en el precepto demandado respeta el carácter posterior que la Constitución asigna al control fiscal externo que lleva a cabo la Contraloría o si, por el contrario, representa una modalidad de control previo; (ii) si a través del ejercicio de esta función, la Contraloría interviene en la toma de decisiones administrativas, estableciéndose por esta vía una suerte de coadministración constitucionalmente proscrita; respondiendo a dichas preguntas con la conclusión de que «*La función de advertencia implica una intervención de la Contraloría con carácter previo a la adopción de decisiones y la culminación de los procesos y operaciones administrativas*».<sup>48</sup>

Sin embargo, por el simple paso del tiempo, ante el cambio formal de rango de la categoría jurídica - legal a constitucional - hoy la misma Corte Constitucional sobre la función de advertencia indica todo lo contrario, al sostener que *i) La advertencia permite que el gestor continúe su actividad sin que constituya un prejuzgamiento. No se trata de definir cómo y en qué ejecutar los recursos, sino de indicar a la administración (sic) cuándo se puede llegar a materializar un daño. En efecto, en la demanda subyace la idea de cuan nefasta sería para un gran cúmulo de actividades, una coadministración disfrazada de control preventivo. Y ello por cuanto un considerable número de actividades propias del ámbito privado puede ser también desempeñada por entidades estatales (establecimientos públicos, sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas), con lo cual posibilitar la injerencia en el libre desarrollo del objeto empresarial de estas últimas, terminaría exponiendo su propia existencia, pues, mientras en el ámbito privado la libre iniciativa gobierna su actuar, en los entes públicos un tercero –la contraloría– tendría capacidad de direccionar (sic) el libre discurrir empresarial, lo cual de suyo sería una gran desventaja en frente de sus pares privados.*<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Sobre el particular se advierte que *«sostener que ejercer un control concomitante y preventivo con el ejercido con el posterior y selectivo en forma articulada es complementaria y que no lleva a una coadministración, es un quimera y de pronto es un noble propósito, pero ello, no será así, como se advertirá en el Decreto- Ley 403 de 2020; con lo que evidentemente contradice el postulado, mejor el discurso, como lo veremos en su momento, al permitírsele a la CGR, intervenir desde los procesos de planeación de inversión de los recursos, hasta su ejecución, convirtiendo a la Contraloría en una entidad “asesora” de la administración»*,<sup>50</sup> a lo que agregaría que la advertencia *«no vinculante»* de un órgano de control con facultad de investigación y declaratoria de responsabilidad, es apenas en apariencia, aunado a que también se ejerce de la mano con la función de solicitar la suspensión bajo el principio de verdad sabida y buena fe guardada del respectivo funcionario .

Ahora bien, en cuanto al ejercicio de la función de advertencia a partir del Acto Legislativo 004 de 2019, a la fecha la Contraloría General de la República expidió la Resolución Reglamentaria Organizacional N° REG-ORG-0762 del 2 de junio de 2020 *«Por la cual se desarrollan las condiciones y la metodología general para el seguimiento permanente a los recursos públicos y el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal concomitante y preventivo de la Contraloría General de la República»*, que reglamenta el ejercicio del control concomitante y preventivo, al igual que la función de advertencia, las cuales fueron contempladas en el Decreto Ley 403 de 2020. Sobre el uso de esta potestad, para noviembre de 2020<sup>51</sup> y según lo informado por la Contraloría General de la República, no se ha hecho aún uso de esta herramienta.

### **11.3.5. La potestad del contralor general de la república de exigir la suspensión de funcionarios bajo el principio de verdad sabida y buena fe guardada**

La Constitución Política de Colombia, dentro de las funciones que le asignó a la Contraloría General de la República, en el numeral 8 del artículo 268 dispuso lo siguiente:

---

<sup>50</sup> BULLA ROMERO, Jairo Enrique. Nuevo Control Fiscal y Proceso de Responsabilidad Fiscal. Editorial Temis. Bogotá 2020. Pág.46,47

<sup>51</sup> Contraloría General de la República, Oficio N° 2020EE0138498 del 06 de noviembre de 2020

8. *Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.*

Si bien esta función no es una herramienta introducida a partir del Acto Legislativo 04 de 2019, con el fin de analizar la prohibición de coadministración a partir de la reavivada función de advertencia, resulta necesaria la revisión y análisis de dicha potestad, toda vez que la Contraloría en Colombia puede disponer el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal con la exigencia al nominador de la suspensión provisional del funcionario vinculado;<sup>52</sup> sin embargo, una vez en la entidad pública auditada se toman las decisiones advertidas presuntamente como ilegales o antieconómicas, la Contraloría procede a desarrollar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal, y llegado el caso, a ordenarle al nominador la remoción del servidor público en sus funciones. Dicha circunstancia, *a priori*, puede ser vista como un evento de coadministración que al lado de la función de advertencia sin duda resulta una categoría de especial importancia para el proyecto de investigación.

### **11.3.6. La prohibición de la coadministración**

En el sistema jurídico colombiano no encontramos una disposición legal o constitucional que defina la noción de coadministración. Dicha prohibición resulta de la interpretación de disposiciones constitucionales sobre el modelo de Estado consagrado en nuestra Constitución Política. De tal manera que, al adoptar un modelo de separación de funciones, cada órgano del Estado adquiere ciertas características de independencia y autonomía como garantía para evitar la intervención de entidades en el ejercicio de las potestades de otra entidad del Estado (art. 121 CP).

Desde esta perspectiva la función de control del Estado colombiano, el ejercicio de frenos y contrapesos no pueden invadir las competencias propias de cada entidad pública, de modo que, al tenor de los artículos 113, 267 y siguientes de la Carta

---

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, del catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00393-01(1734-13). M.P. Bertha Lucía Ramírez.

Política, el control fiscal es una función pública que le corresponde ejercer a la Contraloría con autonomía e independencia en términos de valor agregado, es decir, coadyuvando con sus observaciones y recomendaciones a la gestión de los entes vigilados, pero sin hacerle concesiones a la coadministración.<sup>53</sup>

Del respeto a las competencias de las entidades estatales, es fácil inferir la prohibición de coadministrar en cabeza de los órganos de control. Dicha prohibición, al ser analizada principalmente desde el punto de vista finalísimo, nos puede proveer mejores ingredientes para la hipótesis formulada, ya que, entre otros, resulta problemático investigar y sancionar, dado que, primero, lo está haciendo un ente que ha advertido e intervenido en la toma de decisiones y, segundo, resulta complejo, al menos, *a priori*, investigar y sancionar a quien actúa acogiendo una advertencia de la Contraloría General de la República.

#### **11.4. El sistema de control fiscal anterior al Acto Legislativo 004 de 2019**

Desde un punto de vista teleológico, la Constitución vincula directamente el control fiscal a los fines del Estado, en la medida que se orientan a garantizar la concreción efectiva de las tareas públicas mediante la asignación adecuada de los recursos públicos y la protección del patrimonio de la Nación. Su fin esencial no es otro que verificar el correcto manejo del patrimonio estatal y su destinación efectiva a aquellas actividades para las cuales está previsto.<sup>54</sup> La vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia 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 el cumplimiento de los fines del Estado.<sup>55</sup> Estas medidas se enmarcan por la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.<sup>56</sup>

En general la gestión del Estado se encuentra sujeta al ejercicio del control fiscal y este constituye una verdadera herramienta para asegurar el cumplimiento de los

---

<sup>53</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia del 7 de marzo de 2005, M.P. José Antonio Molina Torres.

<sup>54</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de abril de 2011. Expediente: 11001-03-06-000-2011-00018-00(2055). C.P. William Zambrano Cetina.

<sup>55</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Expediente D-3918, Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000

fines del Estado, el cual se ejerce por medio de diferentes principios y sistemas de gestión fiscal, definidos por la Ley 142 de 1993, como lo vemos a continuación.

#### **11.4.1. Control fiscal de gestión**

El artículo 12 de la Ley 42 de 1993 define este sistema de control como «el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad».

#### **11.4.2. Control fiscal de resultados**

«Es el examen que se realiza para establecer en qué medida, los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un periodo determinado».

#### **11.4.3. Control fiscal de legalidad**

«Es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables».

#### **11.4.4. Control fiscal de rendición de cuentas**

«Es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un periodo determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones» (Artículo 14 Ibidem).

#### **11.4.5. Control fiscal de valoración de los costos ambientales**

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, el medio ambiente entra a marcar un nuevo modelo de desarrollo en el país y es considerado como nuevo interés jurídicamente tutelable. Al respecto, la Carta Política, establece, el conjunto de reglas generales tendientes a posibilitar, crear, y mantener el ejercicio de las libertades individuales.

Según el profesor Diego Younes Moreno «este principio cuantifica el impacto que causan los distintos agentes económicos por el uso y deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente. Sirve también para evaluar la gestión de protección conservación uso, y explotación de estos».<sup>57</sup>

### **11.5. Herramientas de carácter legal del anterior sistema de control fiscal**

#### **11.5.1. Control fiscal macro sobre la gestión de las entidades y recursos públicos**

Según el artículo 32 del Decreto-Ley 267 de 2000<sup>58</sup>, se define el control fiscal macro como *«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 de actividad»*.

De esta herramienta, la Contraloría General de la República es responsable de evaluar en el nivel agregado, el comportamiento de las finanzas del Estado, el grado de cumplimiento de los objetivos macroeconómicos expresados por el Gobierno, el impacto de las políticas económicas sobre el crecimiento económico, la distribución del ingreso, el bienestar general y la posición fiscal del sector público.

Así mismo, debe determinar el resultado fiscal de la Nación y analizar la consistencia de la política fiscal con las demás políticas macroeconómicas. Como resultado de esto la Contraloría presenta los informes sobre las finanzas del Estado,

---

<sup>57</sup> YOUNES MORENO, Diego. Derecho del Control Fiscal. Bogotá. 2006, p. 199

<sup>58</sup> Decreto ley número 267 del 22 de febrero de 2000 “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.”

la situación de la deuda, la cuenta general del presupuesto y el Tesoro, la auditoría al balance general de la Nación y el informe financiero mensual.

Rodrigo Naranjo Gálvez<sup>59</sup> señala que este nivel de vigilancia se manifiesta en las siguientes funciones:

- Llevar la contabilidad de la ejecución del presupuesto.
- Presentar al Congreso la Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro.
- Certificar el Balance de Hacienda presentado por el Contador General.
- Llevar el registro de la deuda pública de la nación y de los entes territoriales.
- Informar al Congreso sobre el estado de la deuda pública.
- Informar al Congreso sobre el estado de las finanzas públicas.
- Informar al Congreso sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente.
- Las evaluaciones sectoriales o de políticas públicas específicas.

#### **11.5.2. Del control fiscal micro sobre la gestión de las entidades y recursos públicos**

El control micro de la vigilancia de la gestión fiscal se realiza sobre cada una de las entidades que actúan y desarrollan sus actividades con autonomía e independencia dentro del respectivo sector al cual pertenecen para efectos del ejercicio del control fiscal, el cual incluye el proceso auditor a la gestión pública, en sus diversas modalidades.<sup>60</sup>

La vigilancia se realiza de manera *sistemática y permanente* a todas las entidades del Estado y a los particulares que manejan recursos públicos, sujetos de control de la Contraloría, o que son objeto del control excepcional.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> NARANJO GALVES, Rodrigo. Eficacia del Control Fiscal en Colombia: derecho comparado, historia, macro-organizaciones e instituciones, Bogotá DC: Universidad del Rosario, 2007, p189.

<sup>60</sup> Art. 31 Decreto Ley 267 de 2000

<sup>61</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía Audite 3.0. Aprobada mediante Resolución 5774 del 31 de agosto de 2006. Esta guía define y desarrolla las políticas de la Contraloría General de la República en

El resultado se registra mediante informes de auditoría general o especial donde se consignan los hechos o situaciones que presentan importancia por la forma en que impactan el desempeño de la organización de la administración, este informe se comunica a la entidad auditada, para que formule y adelante las acciones correctivas para subsanar las situaciones encontradas por la Contraloría y que *afectan o pueden llegar a afectar la correcta gestión fiscal del Estado.*

Es mediante esta herramienta preexistente al Acto Legislativo 004 de 2019, que se aplicaban los conceptos de selectividad y posterioridad y los tipos de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados y de revisión de cuentas.<sup>62</sup>

### **11.5.3. Sistemas y modalidades de auditoría sobre la gestión de las entidades y recursos públicos**

Como se dijo, las contralorías actúan mediante auditorías para vigilar sistemática y permanentemente las diversas entidades del Estado y aquellos particulares que manejan recursos públicos que son sujetos de control de fiscal, la cual *«se aparta un poco de los objetivos tradicionales de la auditoría independiente, que establecen como premisa principal la emisión de un dictamen u opinión profesional en relación con los estados financieros de una organización y los cambios en la posición financiera que ha cubierto el examen del auditor»*<sup>63</sup>.

La labor de las contralorías va *«mucho más allá del mero examen de las cifras contables, el cual constituye solo un elemento del proceso de auditoría pública – control financiero- de tal suerte que presenta mayores aplicaciones con el fin de cubrir los campos financiero, administrativo y de gestión y resultados»*.<sup>64</sup>

Es sorprendente constatar en la justificación del acto legislativo la falta de herramientas y de sistemas de control adecuados, cuando en los mismos reglamentos autónomos dictados y actualizados por cada contralor general

---

materia del control fiscal micro e integra los diferentes controles que posee la CGR en desarrollo de su mandato constitucional. Contempla el cumplimiento y observancia de normas de auditoría gubernamental colombianas emitidas por el Contralor General de la República y las prescritas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores -INTOSAI. Con ella se pretende estandarizar en el ámbito nacional el proceso de auditoría gubernamental con enfoque integral y el lenguaje del control fiscal. La cual se toma como referencia previa al Acto Legislativo 004 de 2019, para demostrar la existencia de herramientas y sistemas de control para prevenir la corrupción y proteger de manera oportuna el erario.

<sup>62</sup> VASQUES MIRANDA, William. Control Fiscal y Auditoria de Estado en Colombia. Bogotá DC: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000, p. 77.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

fácilmente es identificable la existencia y el uso de herramientas para prevenir en tiempo real actos de corrupción y tomar acciones para la protección del patrimonio público. Al respecto, se señalaba:

*Es un proceso sistemático que mide y evalúa, acorde con las Normas de Auditoría Gubernamental Colombianas prescritas por la Contraloría General de la República (Compatibles con las Normas Internacionales de Auditoría NIAS), la gestión de una organización, mediante la aplicación articulada y simultánea de los procedimientos de evaluación contable y/o financiera, de legalidad y de gestión, para determinar, con conocimiento y certeza razonable, la calidad de su información, el cumplimiento de la normatividad, la eficiencia en la administración de los recursos públicos, la eficacia con que logra los resultados y su correspondencia entre las estrategias y propósitos de los sujetos de Control, de manera que le permitan fundamentar sus opiniones y conceptos.*

**PROCESO SISTEMÁTICO:** *Porque está construida por un conjunto de fases y actividades relacionadas entre sí con un objetivo específico, con apego y arreglo a las normas que regulan la auditoría, y a los objetivos y principios de las diferentes auditorías reconocidas en el ejercicio del control fiscal.*

**EXAMEN ARTICULADO:** *Consiste en el enlazamiento de los procedimientos de diferentes tipos de auditoría, lo cual significa que las herramientas de evaluación financiera y de gestión que nos ofrecen la Auditoría de Estados Contables, la Auditoría de Cumplimiento y la Auditoría de Gestión, son aprovechadas para el examen integral de las actividades o procesos de los Sujetos y Puntos de Control que se seleccionan para ser auditados.*

**SIMULTANEA:** *Significa que los procedimientos de evaluación contable y/o financiera, de legalidad y de gestión son aplicados simultáneamente sobre el proceso o actividad definida como línea de auditoría, lo que garantiza que los pronunciamientos de la CGR revelen una visión integral de la organización auditada.<sup>65</sup>*

Así mismo, distintos autores señalan que el control posterior y selectivo si permite realizar un control de tipo preventivo, ya que a través de las auditorias se establecen

---

<sup>65</sup> Contraloría General de la República, ob., cit.

las condiciones que permitan ejecutar el control fiscal en tiempo real; coordinar la operación de todo el ciclo de fiscalización, aplicando los distintos sistemas que integran el control de la gestión fiscal -control de legalidad, control financiero, control de gestión y revisión de cuentas- articulando los resultados de las auditorías con los procesos de control Macro y Responsabilidad Fiscal.<sup>66</sup>

En similares palabras indica Nelson Díaz que, «la auditoría integral es la ejecución de exámenes estructurados de programas, organizaciones, actividades o segmentos operativos de una entidad pública o privada, con el propósito de medir e informar sobre la utilización de manera económica y eficiente, de sus recursos y el logro de sus objetivos operativos».<sup>67</sup>

De esta manera, la Contraloría General de la República<sup>68</sup> señalaba que la Auditoría General tiene fundamentalmente los siguientes propósitos:

- *Promover el mejoramiento continuo de las organizaciones: Los resultados de la auditoría deben permitir una continua retroalimentación para que la administración pueda emprender acciones preventivas y correctivas, en procura de lograr mayores niveles de eficiencia y eficacia.*
- *Promover la transparencia y adecuado uso de los recursos: La evaluación debe establecer si los recursos públicos se aplican de manera transparente por el gestor público, en procura de satisfacer las necesidades de la comunidad.*
- *Apoyar al Congreso de la República: La Contraloría como organismo técnico debe brindar al Congreso información que le permita ejercer el control político que le corresponde.*
- *Informar a la comunidad y vincularla al Control Fiscal: La ciudadanía es el principal cliente de la Contraloría General de la República y es deber de ésta mantenerla informada, como también promover su vinculación al control fiscal.*

La labor de auditoría por parte de las contralorías se concreta anualmente mediante la formulación y la ejecución de un Plan General de Auditoría (PGA), que contiene la programación de las entidades y los puntos de control que se auditarán durante

---

<sup>66</sup> VASQUES MIRANDA, William. Control Fiscal y Auditoría de Estado en Colombia. Bogotá DC: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000, p 80.

<sup>67</sup> DIAZ M, Nelson, conferencia sobre auditoría integral, En: VASQUES MIRANDA, William. Control Fiscal y Auditoría de Estado en Colombia. Bogotá DC: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000, p 80.

<sup>68</sup> Contraloría General de la República. Guía Audite 3.0, 2007.

el año. Con el fin de articular y armonizar la vigilancia de la gestión fiscal, a través de la aplicación de la Auditoría General en sus diferentes modalidades.<sup>69</sup>

### **11.6. Modalidades de auditoría.**

La Auditoría que se adoptó precisó tres modalidades las cuales se aplicaban de conformidad con los criterios definidos por la Contraloría General de la República. Las tres modalidades a través de las cuales se puede aplicar esta auditoría son la auditoría regular, especial y de seguimiento; las cuales explicamos a continuación:

#### **11.6.1. Auditoría General**

Mediante la Auditoría general se busca obtener evidencia relacionada con la información financiera, el cumplimiento de la normatividad, el Sistema de Control Interno, los resultados de la gestión y medio ambiente, con el propósito de producir un informe sobre la razonabilidad de la información contable, el comportamiento económico, el desempeño de la administración y emitir un dictamen integral sobre la cuenta fiscal rendida,<sup>70</sup> modalidad que a la fecha se mantiene y sigue siendo la regla general, pues con ella se aplican íntegramente los conceptos de posterior y selectiva, señalados en la Constitución como principios del control fiscal.

se ejerce sobre todo el marco administrativo de las entidades sujetas de control fiscal y abarca tanto los procesos misionales, administrativos, financieros, contables, de apoyo, de prevención de daños y pérdidas sobre el patrimonio públicos, puntos de control sobre las cuales se definen las líneas de auditoría y establecer objetivos generales y específicos, con el objeto último de concluir sobre el fenecimiento o no de la cuenta fiscal rendida.

Es eminentemente posterior, selectivo y técnico porque, es la base para la rendición de cuenta e informes, mapas de riesgo, Plan de Mejoramiento e informes de avance, informes de auditorías anteriores, informes sectoriales e informes de control interno, como insumos para el inicio de la auditoría.

---

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

### 11.6.2. Auditoría Especial

Contrario a la anterior, mediante la auditoría especial, se utiliza para evaluar puntos o actos específicos de control, que puede ser o no integral sobre programas, actividades, actos, procesos y procedimientos puntuales, de importancia significativa en una entidad, proyecto o recursos de destinación especial, y como resultado de este se emite el respectivo informe que contiene una carta de conclusiones con los resultados producto del trabajo auditor.

Mediante esta auditoría, antes y ahora, las contrarias se encuentran habilidades para evaluar la gestión fiscal de las entidades; piénsese, por ejemplo, debido a la importancia o denuncias públicas de veedores o medios de comunicación sobre una política pública de atención personas vulnerables, como pueden ser habitantes de calle, adultos mayores o personas con discapacidad. Mediante esta herramienta se hace el ejercicio de evaluación específica siempre que se evidencia riesgo en una determinada entidad pública y no era posterior ni selectivo, es el medio de intervención inmediata del ente de control para lograr la protección del patrimonio público.

Como se evidenciará más adelante, esta es la herramienta más utilizada y no la revivida función de advertencia, que como ya se anotó en tres años, solo se ha hecho uso en cinco procesos, es decir, no se demuestra ser necesaria; pues se continúa utilizando el control posterior y selectivo a través de las auditorías generales y especiales y no el control preventivo y concomitante a través de la función de advertencia.

Es en la ejecución de este tipo de auditoría, que el nuevo control preventivo y concomitante a través de la función de advertencia, pierde ante un juicio de necesidad, pues existían las herramientas legales para la protección del patrimonio público.

Ahora bien, no se pretende desconocer en este trabajo la naturaleza de nuestra Constitución como una carta, sin cláusulas pétreas, lo que se quiere demostrar es que si bien existe un poder de reforma, el mismo no puede permitirse ser utilizado sin una demostrada necesidad de corregir, por vía constitucional ciertas conductas de la sociedad, cuando la regulación legal resulta insuficiente.

### 11.6.3. Auditoría de Seguimiento

Constituye también una herramienta, no solo de corrección sino de prevención ya que se aplica a los sujetos de control con el fin de realizar la evaluación sobre las actividades correctivas formuladas en Planes de Mejoramiento vigentes que suscriba la entidad respectiva con la contraloría. Dicho plan contiene, actividades, responsables, riesgo identificado, plazos de cumplimiento. Al final del proceso, la contraloría evalúa el cumplimiento a través del respectivo informe y no podrá a Entidad sobrepasar dos periodos de evaluación son avance satisfactorio de los compromisos adquiridos, so pena de las sanciones al representante legal o funcionario responsable de la ejecución de las actividades correctivas o preventivas acordadas en el plan de mejoramiento.

## 12. MECANISMOS DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE ADVERTENCIA ANTE EL TEST DE SUSTITUCIÓN

### 12.1. Las reformas constitucionales en la Constitución Política de 1991 y el estándar de control adoptado por la Corte Constitucional a los Actos Legislativos

Sobre las reformas constitucionales, nuestra Constitución prevé en el título XIII los mecanismos de reforma constitucional, dentro del cual se encuentran los requisitos para la aprobación de los mecanismos de reforma, al tiempo que el artículo 379 expresamente señala que, las reformas a la Constitución *«sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título»* el cual se encuentra armonizado con el artículo 241, numeral 1 de la Constitución que señala la competencia de la Corte Constitucional para *«Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación»*.

De la literalidad de las disposiciones, una primera interpretación es que solo se podría declarar inconstitucional las reformas que desconozcan el principio de formación de la nueva disposición constitucional, es decir, durante el proceso de

estudio de la reforma constitucional, a la Corte le estaría vedado realizar control material sobre el contenido del mecanismo de reforma.

En ese sentido, los límites de competencia del alto tribunal derivan, por un lado, del artículo 374 de la Constitución y siguientes que regulan los distintos mecanismos de reforma. Así, En el artículo 376 se establecen, entre otras, como limitación que, el texto de la ley mediante la cual se dispone que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente, debe determinar la “competencia” que tendrá ese órgano, esto es, las materias sobre las cuales habrá de versar la reforma. Es claro, entonces, que si la asamblea excede ese ámbito competencial incurriría en un vicio susceptible de control por la Corte.<sup>71</sup>

Un segundo aspecto, que, según los propios términos del Tribunal, deriva en un conflicto de procedimiento el cual conocemos como la prohibición de sustitución de la Constitución de la cual se deriva la competencia para reformarla. Esta segunda limitación, se edifica a partir de dos conceptualizaciones fundamentales. (i) Las diferencias y alcance entre poder constituyente primario y poderes constituidos, del cual hace parte el poder de reforma de la misma Constitución. En cuanto al primero es claro que el contenido de las reformas o para dictarse nuevas constituciones, este no tiene límites; sin embargo, para los poderes constituidos implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata, por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado.<sup>72</sup> (ii) la segunda, en la medida que la Constitución no tiene norma expresa que habilite a un poder constituido para que, mediante reformas constitucionales, se sustituya a la misma y por tanto, el poder de reforma, al ser un poder constituido, es limitado y esa limitación implica la carencia «competencia para asumir el papel que le corresponde al constituyente primario y no puede, por consiguiente, por la vía del procedimiento de reforma, sustituir la Constitución».<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-332 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

<sup>72</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-551 de 2013. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

<sup>73</sup> Ibidem.

## 12..2. Definición y alcance del concepto de sustitución de la constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

De manera reiterada, la Corte Constitucional ha sido estricta en señalar que en la Constitución política de 1991 no se encuentran preceptos definitivos o inamovibles. Sin embargo, en lo que al poder de reforma se refiere, construyó el concepto de ejes definitorios o principios axiales de la Constitución, sin los cuales la carta superior mutaría en una diferente, es decir, principios que, si llegasen a ser reformulados, afectarían la identidad de la Constitución convirtiéndola en un texto distinto.<sup>74</sup>

En la sentencia C-579 de 2013 la Corte precisó la diferencia entre los términos de “sustitución”, “reforma” y otros conceptos:

(...) **reforma** hace referencia a la modificación expresa de los textos constitucionales. La reforma es diferente a la **mutación**, la cual se presenta cuando hay una transformación en la configuración del poder político, sin que dicha transformación se registre en el texto constitucional. Otro fenómeno ligado es el de la **destrucción**, el cual *«(...) se produce cuando se suprime la Constitución existente y esa supresión está acompañada de la del poder constituyente en que la Carta se basaba»*. La **supresión** de la Constitución se diferencia de la destrucción en que se conserva el poder constituyente en el que la Constitución suprimida se basa, lo que produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica; el poder constituyente adopta entonces una nueva Constitución en la que actúa como constituyente originario. Otro fenómeno importante es el **quebrantamiento** de la Constitución, el cual hace alusión a la *«(...) la violación de prescripciones constitucionales ‘para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas, siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor»*. Finalmente, la Corte se ha referido a la **suspensión** de la Constitución, que se produce *«(...) cuando una o varias prescripciones son provisionalmente puestas fuera de vigor»*; esta situación puede o no estar prevista en la Constitución.

A diferencia de los demás, la **sustitución** consiste en **(i)** el reemplazo de la Constitución -o de alguno de sus ejes definitorios- por un modelo constitucional diferente, **(ii)** en ejercicio del poder de reforma<sup>75</sup>. Concretamente, referente al

---

<sup>74</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-294 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schleginger

<sup>75</sup> Ibidem.

término sustitución se ha aclarado que se trata de una transformación o reemplazo de la organización política y el perfil básico y esencial del Estado. La sustitución puede ser total o parcial y temporal o definitiva. Es parcial cuando «hay una transformación trascendental de alguno o algunos de los componentes o ejes definitorios de la Constitución, que la convierte en un estatuto diferente. Es total cuando implica un diseño constitucional de la carta política como un todo. Es temporal cuando se deroga temporalmente uno de los ejes definitorios, lo cual transforma la identidad de la carta política y la hace irreconocible por un lapso de tiempo; y es definitiva cuando se sucede el mismo fenómeno de forma permanente en el tiempo».<sup>76</sup>

En suma, el juicio de sustitución constituye una conceptualización ubicada como punto de gravedad que hala y ata con la misma fuerza (i) el deber de protección en cabeza de la Constitución, para que la misma, por uso del poder de reforma, degenera una totalmente diferente, (ii) la adaptación al cambio de la Constitución a la visión de las nuevas generaciones y nuevos retos sociales y (iii) precisó una metodología para evitar que dicho juicio de sustitución se confunda con un control material de los actos reformativos de la Constitución.

### **12.3. Finalidad, necesidad y conducencia de la reforma. ¿Un nuevo elemento dentro de la conceptualización del juicio de sustitución?**

La sentencia C-294 de 2021, mediante la cual se revisó la exequibilidad del Acto Legislativo 001 de 2020 «*Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable*», trae como fundamentos del juicio de sustitución tres criterios fácilmente identificables. (i) La finalidad de la reforma, prevista en la exposición de motivos y las discusiones al interior del Congreso donde se evidencian las razones de la iniciativa reformista. (ii) La necesidad de dicha reforma, argumentada a partir de las distintas normas existentes sobre la materia, las facultades de las distintas autoridades públicas, la reformas legales y reglamentarias sobre cierta materia que, en muchas ocasiones han servido para intensificar o endurecer la intervención de las autoridades, las penas y los castigos y, (iii) la conducencia, suficiencia o adecuación de las medidas tomadas en la reforma para hacer frente a los motivos o finalidades de la misma; esto es, si dicha reforma es la adecuada para corregir un yerro social.

---

<sup>76</sup> Ibidem.

Bajo estos parámetros la sentencia, en cuando a la **finalidad** de la reforma señaló:

163. La Sala encuentra que durante el trámite legislativo que dio lugar a la reforma constitucional el objetivo principal de modificar la Constitución fue disminuir la comisión de delitos contra la vida e integridad física y sexual cometidos contra NNA y, en consecuencia, establecer la pena más severa. Como argumento genérico, la pena de prisión perpetua revisable se sustentó como una medida de protección del interés superior del menor (...).

Por otro lado, sobre la **necesidad** de la reforma, acudió a criterios de política criminal, finalidad del derecho penal y medidas legislativas sobre endurecimiento de penas señalando:

159. En el marco de la política criminal, la protección de los derechos de los NNA es un elemento importante para tener en cuenta acorde con los contenidos antes dispuestos. Al respecto, los artículos 18 y 20 del Código de Infancia y Adolescencia establecen el derecho de todos los NNA a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. El maltrato infantil es «toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona». Así como, el deber de protegerlos especialmente de cualquier conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de las personas menores de edad; y contra toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, entre otros. El artículo 41 de la Ley 1098 de 2006 establece entre las obligaciones del Estado, la de prevenir y atender la violencia sexual y el maltrato infantil.

160. Sin duda, el derecho penal es una alternativa con la que cuenta el Estado para prevenir conductas lesivas contra los NNA o castigarlas. Al respecto, la Corte ha sostenido que «tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, la Constitución y los tratados internacionales imponen no solo la prevalencia de los derechos de los niños, sino la obligación de adoptar medidas para lograr la efectiva protección en todos los ámbitos, incluso en el penal cuando los infantes son víctimas de delitos, lo cual necesariamente se traduce en la imposición de sanciones más severas, la limitación o prohibición de que el autor de la conducta penal acceda a subrogados penales,

preacuerdos, y demás instituciones jurídicas que en la práctica atenúan la severidad de la sanción impuesta, las cuales en todo caso deberán ser proporcionales con el fin perseguido y legítimas a la luz de los postulados superiores.

161. Para el efecto, el legislador colombiano ha adoptado medidas legislativas de diferente carácter para alcanzar la protección efectiva de los derechos de los NNA y protegerlos de la comisión de delitos contra su vida, integridad y libertad sexual. Pueden citarse al menos las siguientes más relevantes: artículos 208, 209, 210 del Código Penal, artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Ley 1146 de 2007, entre otras. En materia penal, el principio del interés superior del menor se ve materializado en dos dimensiones: (a) en la obligación del Estado de prevenir, investigar, juzgar y sancionar severamente los delitos cometidos contra los NNA, así como eliminar algunos beneficios del procedimiento penal y la ejecución de las penas; y (b) el deber de reestablecer los derechos de los NNA víctimas de delitos a través de medidas de reparación y rehabilitación que aseguren la no repetición de los hechos y la no revictimización.

Por último, sobre la **conducencia** de la reforma de Constitución se señaló:

(...) No obstante lo anterior, se observa una ausencia de evidencia empírica que demuestre que esta pena es la medida más adecuada para disminuir la reincidencia de estos delitos, así como su prevención eficaz. Así mismo, no es claro por qué para alcanzar la protección de la niñez, esta pena es preferible a otras de posible menor impacto para la persona condenada.

164. El Consejo Superior de Política Criminal ha resaltado que aún con la entrada en vigencia de leyes que aumentaron las penas contra los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (pasaron de 12 años a un máximo de 20 años con la Ley 1236 de 2008), no persuadió a la población de no incurrir en este tipo de conductas penales. Con base en lo anterior, el Consejo Superior ha concluido que «el aumento de las penas en los delitos de agresiones sexuales, cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, como se ha observado, no ha generado un resultado positivo en la prevención de la comisión de estas conductas, lo que desvirtuaría que esos incrementos tengan una incidencia real en el sujeto activo del ilícito». Adicionalmente, ha señalado que existe evidencia suficiente que demuestra «la

predominancia de la comisión de estos hechos en el ámbito privado, situación que dificulta la identificación de estos delitos y su judicialización. Por ello, ha recomendado “robustecer” las capacidades operativas de las autoridades competentes de la judicialización de los delitos contra los NNA y concentrar los esfuerzos en políticas públicas dirigidas a proteger esta población a través de medidas de prevención del delito.

Estos nuevos ingredientes sirven de fundamento sobre la procedencia de incluir dicho análisis en juicio de constitucionalidad y de sustitución de la Constitución, pues si bien se acepta la restricción del referido control de constitucionalidad, resulta válido también revisar si la Constitución permite que las autoridades adopten las medidas necesarias bajo otras medidas menos invasivas de la Constitución.

#### **12.4. Los resultados del ejercicio de la función de advertencia frente al test de sustitución en cuanto la finalidad, necesidad y conducencia del acto legislativo 004 de 2019**

Partiendo de lo consignado en la exposición de motivos del Acto Legislativo Nro. 004 de 2019, podemos identificar de manera clara cada uno de estos criterios y la forma en que fue justificada la urgencia de la mencionada reforma.

Como argumentos de justificación destacamos los siguientes:

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

Esto se ha transformado en una verdadera barrera para la efectiva protección del patrimonio público, fin último de los entes de control fiscal; pues son innumerables los casos en los que el daño al patrimonio público resulta previsible e inminente; sin embargo, como la consolidación o materialización de este, en términos jurídicos y económicos aún no ocurre, no es procedente la actuación de los organismos de fiscalización.

(...) Volviendo, pues, a la dualidad conceptual «momento» y «forma», al modelo de control propuesto debe asociarse un concepto de forma, que es

consustancial a la finalidad del mismo; esto es, la vigilancia y control preventiva, puesto que la concomitancia solo tiene sentido si contribuye a la adecuada gestión del riesgo y al mejoramiento de la gestión pública. Se repite, sin invadir el ámbito de decisión del gestor fiscal.

Con ese propósito, se requiere la inclusión de la «**función de advertencia**» en el marco constitucional de competencias del órgano de control fiscal. Esta importante herramienta, que fue restringida bajo el modelo de la Constitución de 1991, tendrá su fundamento constitucional dentro del marco de un moderno régimen de vigilancia y control fiscal complementado y fortalecido por esta potestad en el ejercicio de control.

En principio, se ve justificada la **(i)** finalidad de la reforma, que busca un mejor control y vigilancia para evitar mayores riesgos y pérdida de los recursos públicos, **(ii)** la urgencia dada por los reclamos sociales ante la pérdida de los recursos y casos de corrupción y, **(iii)** la conducencia de la reforma, como la herramienta que si permitirá una mejor vigilancia y control ante la ausencia o deficiencia de las actuales funciones de la Contraloría.

Sin embargo, si se analiza más a fondo estos criterios y se ponen en contexto con la intensidad con que actualmente la Contraloría hace uso de la función de advertencia, notamos que, tales criterios finalístico y de urgencia no parecen ser tan ciertos o precisos, por muy loables que sean.

Contrario a lo afirmado en la exposición de motivos, las contralorías si cuentan con herramientas para prevenir la consumación de un daño fiscal o corregir una actuación antieconómica; así se demostró cuando se hizo referencia a las herramientas del control fiscal, como lo son las *Auditorías Especiales* y la *suspensión de funcionarios bajo criterios del principio verdad sabida y buena fe guardada*. de tal manera que, no es cierto que las contralorías deban estar inertes o hibernando mientras se materializa un acto antieconómico; inclusive, tampoco es ciertos que en ejercicio de las *Auditorías Generales* no se puedan auditar y establecer hallazgos sobre procesos o procedimientos plurianuales o que se encuentren en ejecución.

Así las cosas, mediante las *Auditorías General* y *Auditorías Especiales* la Contraloría realiza control y vigilancia sobre puntos específicos de control o de riesgo ya sea en un periodo determinado o sobre cierto proceso; así mismo lo ha reconocido el ente de control, cuando dentro de las mismas actuaciones en las que adelante el nuevo control concomitante y preventiva, deja tales constancias. En el acto administrativo mediante el cual se ejerció el control de advertencia a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres – UNGRD – por el desastre natural ocurrido el

municipio de Mocoa en el Departamento de Putumayo, donde expresamente se dejó consignado la realización de estas dos tipos de auditorías, sobre fases de ejecución ya culminadas y fases de ejecución en desarrollo por parte de la ente nacional, se establecieron hallazgos y se compulsaron copias a otras autoridades. Sin embargo, en este control de advertencia se es claro que el mismo no es vinculante para los gestores fiscales ni se tiene en cuenta para evaluar su responsabilidad<sup>77</sup>. Es decir, es una actuación que no tiene los elementos para prevenir de verdad la pérdida de los recursos públicos, situación que, si sucede con las auditorías, los hallazgos y las compulsas de copias. En términos precisos, la Contraloría concluye su intervención informando que *«el contenido de la advertencia no compromete la posición de la Contraloría General de la República en futuros ejercicios de vigilancia y control fiscal, pudiendo los competentes apartarse de las conclusiones de la misma. Así mismo la no observancia de la advertencia no constituirá presunción de responsabilidad por parte del gestor fiscal en ejercicios posteriores de vigilancia y control fiscal»*.<sup>78</sup>

Resulta contrario entonces, que se requiera implementar medidas urgentes y dotar al ente de control de herramientas eficientes para evitar la pérdida de recursos públicos, si la conclusión del órgano de control es de este tipo; que no está demás decir, es conforme al acto legislativo, pero precisamente, es este el criterio que no fue analizado por la Constitucional al revisar el Acto Legislativo Nro. 004 de 2019, pero que si fue aplicado en la Sentencia C-294 de 2021.

Aunado a la anterior, si la advertencia no tiene fuerza vinculante, lo que se espera al menos, entonces, es que el uso de la herramienta de la advertencia sea más recurrente. Esto es, si se quiere evitar la pérdida de recurso y luchar contra la corrupción, debe tener una herramienta o vinculante – que no lo es – o que se utilice con mucha más frecuencia. Sin embargo, ello no es así. Por un lado, el Acto Legislativo es claro es indicar que el control concomitante y preventivo es complementario al control posterior y selectivo y por tanto es excepcional; es decir, no es la regla general, su uso está limitado y así lo entendió también la Corte Constitucional en la Sentencia C-140 de 2020.<sup>79</sup>

En las mismas palabras de la Corte Constitucional, no se evidencia que esta sea la medida más adecuada para disminuir la pérdida de los recursos públicos o los índices de corrupción, así como su prevención eficaz. Así mismo, no es claro por qué para alcanzar ese propósito, la advertencia debe ser preferible a las otras

---

<sup>77</sup> Contraloría General de la República. Comunicación Nro. 2022EE0031288 del 25 de febrero de 2022

<sup>78</sup> Ob. Cit. Pág. 20

<sup>79</sup> Considerando 81 de la Sentencia C-120 de 2020

herramientas con la que se cuenta el control fiscal,<sup>80</sup> y por otro lado, desde el año 2020, en que fue avalado por la Corte Constitucional el Acto Legislativo, en dos (2) años, solo se ha hecho uso de la nueva herramienta en tan solo cinco (5) ocasiones, lo cual no resulta congruente con la urgencia y necesidad que se argumentó en trámite de reforma constitucional.

Por otro lado, para poner en contexto otra de las herramientas, la Contraloría ha hecho uso en diferentes ocasiones de la potestad de ordenar la suspensión de funcionarios bajo el principio de *verdad sabida y buena fe guardada*. Uno de ellos, el presentado en el año 2020 cuando, ante la denuncia de veedurías, se decidió de manera inmediata, iniciar proceso de responsabilidad y ordenar la suspensión *verdad sabida y buena fe guardada* del alcalde del Municipio de Sincelejo, en el Departamento de Sucre, debido a una posible gestión antieconómica en dos contratos suscritos para atender la emergencia generada por la Covid-19. En dicha actuación, los funcionarios de la alcaldía procedieron a ajustar los sobrepuestos del contrato que se encontraba en ejecución y procedieron a su liquidación, acogiendo los reparos que desde muchos sectores se hacían al valor de los contratos que se estaban ejecutando.

Finalmente, la misma Contraloría decidiría el archivo del proceso de responsabilidad fiscal en contra del Alcalde de Sincelejo. En ese sentido, *«El archivo del proceso de responsabilidad fiscal se determinó luego que la administración municipal, con posterioridad a que se hubiera abierto el mismo, procedió a liquidar estos contratos (003 de 2020 y 004 de 2020) y, además, entregó facturas que acreditaron la entrega completa de sal, frijoles, lentejas y botellas de aceite que hacían parte de los kits. De esta manera, las actuaciones de la CGR derivaron en un beneficio fiscal cercano a los \$844.558.203,15»*.<sup>81</sup> (Se Resalta).

«En este caso, la CGR profirió lo que se llama un auto de archivo con beneficio, dado que como consecuencia de la gestión realizada por la entidad de control en el marco de sus competencias constitucionales y legales, con posterioridad a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, mediante liquidación unilateral de los contratos 003 y 004 de 2020, la administración municipal -dentro de sus

---

<sup>80</sup> Corte Constitucional Sentencia C-294 de 2021 numeral 163.

<sup>81</sup> Comunicado de prensa de la Contraloría General de la República visible en la página oficial de la Entidad: <https://www.contraloria.gov.co/es/w/luego-que-el-municipio-liquidara-contratos-y-ajustara-sobrepuestos-contralor%C3%ADa-archiv%C3%B3-proceso-de-responsabilidad-fiscal-contra-alcalde-de-sincelejo-andr%C3%A9s-g%C3%B3mez#:~:text=El%20Municipio%20de%20Sincelejo%20liquid%C3%B3,el%20Contralor%20Carlos%20Felipe%20C%C3%B3rdoba.>

competencias administrativas- decidió ajustar los valores de cada uno de los elementos que conformaban los kits contratados a los precios del DANE». <sup>82</sup>

Se observa entonces, la existencia de otras herramientas que, de ser utilizadas correctamente, son oportunas y si tienen el carácter vinculante para prevenir los riesgos de pérdida de recursos públicos, característica que no tiene la nueva función de advertencia.

### 13. CONCLUSIONES FINALES

Sin lugar a duda nuestro país, a través de la historia, ha enfrentado elevados índices de corrupción, por supuesto, asociados al manejo de los recursos públicos y por ello se justifica la existencia de los órganos de vigilancia y control fiscal, que además son elemento fundamental de nuestra democracia, que como garantía se encuentra previsto en nuestra Constitución. Pero de ello surge entonces la cuestión, cual es el modelo de vigilancia y control adecuado y eficiente y las herramientas de las que se vale para lograr sus fines.

Por supuesto, surgen diferentes interpretaciones que se irán moldeando a través del paso del tiempo, las necesidades del propio Estado, los valores sociales y las fuerzas políticas en el contexto histórico determinado.

Teniendo en cuenta ello, hemos mostrado cómo una verdadera *función de advertencia*, conceptualmente no es congruente con el *control posterior* y que, esa advertencia atenuada como se justificó para su aval constitucional, no constituye una verdadera advertencia ya que, carece de fuerza vinculante y medidas que permitan actuar para los fines que fue introducida en el acto legislativo. De esta manera, si para hacer compatible la advertencia con la Constitución se requiere atenuarla hasta el punto de cercenarle sus elementos persuasivos y vinculantes, dicha herramienta no surtirá los efectos que se quieren producir. Es tanto como eliminar el castigo a la ley penal.

---

<sup>82</sup> Ob. Cit.

Una reforma constitucional en esos términos se encuentra desprovista de un fin, además de que la nueva medida resulta insuficiente para responder al Estado y sociedad con eficiencia a los nuevos retos y cambios sociales.

No se ha cuestionado con esto la posibilidad de reforma de la Constitución o la inexistencia de cláusulas pétreas. Por el contrario, se revisó el estándar constitucional aplicado al Acto Legislativo 04 de 2019 para indicar la pertinencia de incluir nuevos elementos para aplicar el estándar ante medidas como esta.

En este punto, la Corte Constitucional ha incluido, no de manera generalizada, un nuevo ingrediente interpretativo que es necesario que integre el test de sustitución de forma clara y obligatoria, de modo que sea aplicada en cada estudio de constitucionalidad de los actos reformativos de la constitución y no que se obvie su análisis como pasa en caso de la reforma al control fiscal.

A partir de la sentencia C 588- de 2009 y la sentencia C-294 de 2021, se integra el test finalidad, necesidad y conducencia de la reforma constitucional, en el que, se hace debe hacer una confrontación de la norma, antes y después de la reforma, y si como resultado del estudio se encuentra que las normas tienen efectos idénticos, indica esto que la mentada reforma fue un manto para la justificación de una decisión política.<sup>83</sup>

En ese sentido, cuando se atenúa y desnaturaliza *la función de advertencia*, con el pretexto de hacerla compatible con otro principio previsto en la Constitución, con el objeto de no producir un cambio de tal intensidad y de tal alcance que implique una modificación esencial del control posterior y la prohibición de no coadministración, en algunos casos, como este, se puede cruzar la línea de aprobar cualquier tipo de reforma constitucional, aun cuando esta sea inocua y no está llamada a corregir socialmente lo que se busca proteger. Se trata entonces de integrar a ese estándar de control constitucional, criterios de necesidad y eficacia de la reforma para evitar el excesivo reformismo.

De esta manera, si el Estado cuenta con otras entidades que puedan ejercer similares funciones, o si la institución de que se trata cuenta ya con las funciones, debe preferirse la modernización y el uso adecuado de las funciones ya previstas

---

<sup>83</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ante el aval de una reforma que no está llamada a producir efecto alguno en la sociedad.

Resultan claras tres circunstancias: (i) La Contraloría General de la República sí cuenta con otras herramientas para vigilar y ejercer un control fiscal eficiente de los recursos y bienes del Estado (ii) La función de advertencia prevista en el Acto Legislativo 04 de 2019 es insuficiente para prevenir riesgos de corrupción y de prevenir la pérdida de recursos públicos (iii) contrario a ello, las demás herramientas sí permiten la intervención en el momento indicado para prevenir de manera eficiente la pérdida de los recursos públicos.

Pareciera entonces que, en la interpretación constitucional se aplican dos premisas básicas, como son, la revisión de vicios de formación del acto modificatorio y el test de sustitución. Pero acompañado de distintos criterios interpretativos con la única finalidad de legitimar la decisión que se adopte por el alto tribunal. Es por ello que, entre la inviabilidad constitucional de la función de advertencia en la Sentencia C-103 de 2015 y la función de advertencia viabilizada en la Sentencia C-140 de 2020<sup>84</sup> pareciera existir oculto criterio interpretativo condicionado por el contexto e intereses políticos en que la reforma se produjo.

---

<sup>84</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) del Acto Legislativo 4 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”.

## 14. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Concepciones de la Argumentación. Ed. Ariel Derecho. Barcelona 2006.

BONILLA – CASTRO, Elssy, RODRÍGUEZ SEHK, Penélope, “Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales”. Tercera edición ampliada y revisada. Grupo editorial norma – Universidad de los Andes. Bogotá D.C.

BULLA ROMERO, Jairo Enrique. Nuevo Control Fiscal y Proceso de Responsabilidad Fiscal. Editorial Temis. Bogotá 2020.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, Recopilación de las leyes de las indias, Libro Octavo, Título Primero, “*De la contaduría de las cuentas y sus ministros*”, en: [https://leyes.congreso.gob.pe/leyes\\_indias.aspx](https://leyes.congreso.gob.pe/leyes_indias.aspx) (On line), actualizado noviembre 15 de 2020.

COURTIS, Christian. Ecos cercanos *Escritos Sobre Derechos Humanos y Justicia. En Colección Derecho y Sociedad. Grupo IDEAS (Investigación, Derecho y Acción Social)* Facultad de Derecho Universidad de los Andes Bogotá Colombia, Editorial Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.

CARREÑO, Pedro María. Apuntes sobre Derecho Administrativo, Citado por MALAGÓN PINZÓN, Miguel y BRITO RIZ, Fernando. Influencia del Derecho Administrativo norteamericano en nuestra administración pública, las misiones Kemmerer y Currie. En: Teoría de la Organización Administrativa Colombiana. Bogotá DC: Universidad del Rosario, 2006.

DWORKIN, Ronald, “*Los Derechos en Serio*”, Editorial Ariel S.A., 3º reimpresión, Barcelona, España. 1997.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Isidro, Teoría y Política Fiscal, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2005.

KELSEN, Hans. “*Teoría Pura del Derecho*”. Traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo. 16ª Edición. Editorial Porrúa. México 2009.

LASCARRO, Leopoldo “Administración Financiera y el Control Fiscal”, citado por Abel Cruz Santos, “el presupuesto colombiano”, Editorial Temis, 1963, pág 245. Citado a su vez por Diego Younes Moreno, Régimen del Control Fiscal y del Control Interno. Editorial Legis, tercera edición, Bogotá, 1998.

NEGRETTO, Gabriel L., «Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina», en CARBONELL, M., OROZCO, W., VÁZQUEZ, R. (eds.), *Estado*

*de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo Veintiuno Ed., 2002,

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Estructura del Poder Público en Colombia*, octava edición, Bogotá D.C. Editorial Temis, 2001.

ROZNAI, Yaniv, «Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Los límites al poder de reforma». Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Diciembre de 2020

TRUJILLO MUÑOZ, Augusto, *El Estado y el derecho*, Ediciones Academia colombiana de jurisprudencia. Santa fe de Bogotá. D.C. 2001.

UPRIMNY, Rodrigo, ¿Una forma de gobierno parlamentaria en Colombia?, *Revista Nueva Página*, Vol. 1, No 1.

VILE, Maurice, *Constitucionalismo y separación de poderes*, trad. Joaquín Varela Suanzes, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

YOUNES MORENO, Diego, *“Derecho de control fiscal, vigilancia para una gestión transparente de lo público”*, quinta edición actualizada, Grupo editorial Ibáñez, Asociación mundial de transparencia, academia colombiana de abogacía. Bogotá D.C. 2006.

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de Colombia de 1991

Congreso de Colombia, Ley 20 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*

Congreso de la República de Colombia, Gaceta del Congreso N° 153. Cámara de Representantes, “Proyecto de Acto Legislativo 355 de 2019 Cámara *“Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”*.”

Presidencia de la República de Colombia, Decreto Nacional 925 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”*.

Presidencia de la república de Colombia, Decreto-Ley 403 de 2020 *“Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”*

### **SENTENCIAS Y JURISRPUDENCIA**

Corte Constitucional, Sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte constitucional, Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia del 7 de marzo de 2005, M.P. José Antonio Molina Torres.