

CONTROL PREVENTIVO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA: MODALIDAD SOFT DE CONTROL PREVIO OTRORA INCONSTITUCIONAL

María Lidia Álvarez Chamosa*

Resumen: El artículo comenta el cambio de criterio de la Corte Constitucional de la República de Colombia en cuanto a la posibilidad de que la Contraloría General de la República efectúe un control previo o preventivo sobre la actividad administrativa, siempre que este esté sujeto a determinados límites.

Palabras clave: Control previo; control preventivo; control posterior; control fiscal; Contraloría General de la República.

Summary: The article comments on the change of criteria of the Constitutional Court of the Republic of Colombia regarding the possibility that the Comptroller General of the Republic carries out a prior or preventive control over the administrative activity, provided that it is subject to determined limits.

Key words: Prior control; preventive control; subsequent control; fiscal control; Comptroller General of the Republic.

Sumario: 1. Control previo y control posterior. 2. Control preventivo equivale a control previo. 3. A modo de reflexión: el control preventivo como modalidad soft de control previo.

La función de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal es posterior al menos en Venezuela, con ciertas excepciones que permiten a alguno de ellos ejercer el control previo. Por su parte en Colombia para la Constitución Política de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente se decantó por el control posterior. Evitar que dicha actividad se ejecutara de forma previa buscaba impedir la coadministración de la Contraloría General de la República con los entes y órganos cuyas actividades estaban sujetas a control, respetar la separación de poderes, así como disminuir

* Abogada y Auditora Interna. Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Constitucional, Doctoranda en Derecho y profesora de pregrado y postgrado, todo en la Universidad Católica Andrés Bello.

dilaciones en los trámites y posibles actos de corrupción que en estos casos suelen aparecer contrariamente a lo que se busca con la actividad contralora.

Pues bien, ese modelo y los motivos de su instauración avalados por la jurisprudencia constitucional colombiana, fue modificado en el año 2019 con el visto bueno de la Corte Constitucional, agregando en la norma suprema al existente control posterior un control preventivo –no previo– que pareciera haber rendido frutos en especial por la situación generalizada de pandemia por la COVID-19 partiendo de la idea que la actividad fiscalizadora no puede limitarse a la revisión de las actuaciones una vez ejecutadas –*post mortem*– por cuanto los estados de emergencia, excepción o alarma permiten entre otras cosas la relajación de los procedimientos de contratación con la asignación importante de recursos y proceder a controlarlos después de su ejecución puede ser poco eficiente e inoportuno. Independientemente de sus bondades no queda muy claro si tal control preventivo no es más que un control previo “*soft*” con otra denominación y similares problemas. Es entonces que el presente trabajo va a hacer referencia a esto último con alguna que otra alusión a nuestro país.

Así, el siguiente análisis se relaciona con las funciones de control fiscal que generalmente se han debatido entre previo y posterior al que ahora se le añade un control preventivo. Para entender lo planteado con este último se harán breves menciones al sistema venezolano que adicionalmente conllevarán la comparación con lo que la normativa y jurisprudencia colombiana establecen en la reciente modificación constitucional que consagra la modalidad de control preventivo.

Lo señalado se abordará en tres puntos. El primero referido al control previo y posterior. El segundo que presenta al control preventivo como igual al control previo. Y finalmente una reflexión por la cual se considera que el control preventivo no es más que una modalidad *soft* de control previo.

1. Control previo y control posterior

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla a la Contraloría General de la República como integrante del Poder Ciuda-

dano además de la existencia del sistema nacional de control fiscal, estatuyendo las funciones de control sin distinguir si es previo o posterior¹.

Históricamente los órganos competentes llevaban a cabo un control, previo lo que generaba confusión puesto que para ejecutar cualquier actividad en especial que implicara la disposición del patrimonio público, la Administración debía contar con la certificación, permiso o autorización del órgano contralor.

Es así que la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, estipulaba esa función al señalar que en el caso de adquisición de bienes y servicios o celebración de contratos en la Administración Central *los administradores no podrían ordenar ningún pago ni iniciar la ejecución de contratos que impliquen compromisos financieros, hasta tanto el órgano de control interno certifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo*, aunque también contemplaba en algunos casos que la Contraloría General ejercería el control previo, en otros el posterior y que a través de resolución este órgano señalaría a partir de qué momento dejaría de ejercer control previo².

Actualmente el control interno según la oportunidad de su ejecución es previo o posterior. El *primero* debe ser aplicado antes de autorizar o ejecutar operaciones o actividades, adquirir compromisos financieros o realizar pagos por quienes tengan directamente atribuidas esas competencias, esto es la Administración activa; el *segundo* lo conforman procedimientos aplicables a los resultados de las actuaciones anteriores ya sea por los propios funcionarios de dicha Administración o por las Unidades de Auditoría Interna³, siendo entonces que estas últimas como órganos de control fiscal cumplen un

¹ Gaceta Oficial N° 36.860, 30-12-1999. Reimpresa con correcciones en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, 24-03-2000. Enmendada el año 2009 Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario, 02-02-2009.

² *Vid.* artículos 21, 38, 137 y 147. Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario 13-12-1995. Poco a poco las posteriores reformas a esta ley fueron perfilando el control posterior hasta llegar a la actual regulación del año 2010 que manteniendo el control previo ha suprimido las certificaciones por los órganos contralores, ya que el control interno previo queda en manos de la propia Administración Pública. *Vid.* artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal. Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario, 23-12-2010.

³ Artículos 16 y 17 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal. Gaceta Oficial N° 39.240, 12-08-2009.

servicio interno de examen posterior de las actividades administrativas y financieras de cada órgano o ente dentro del cual ellas funcionan⁴.

Ese control posterior no es exclusivo de las Unidades de Auditoría ya que lo ejecutan todos los integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal conformado por órganos internos y externos. Excepcionalmente se le atribuye a alguno de estos últimos el control previo con el cumplimiento de ciertas condiciones⁵. A su vez debe tomarse en cuenta que en el ejercicio de este control la Contraloría General de la República manifestará formalmente su conformidad con las operaciones, de manera tal que en caso de no cumplir los extremos previstos en el artículo 38 de la Ley (comprometido, causado, pagado), procederá a objetarlas y advertir las violaciones observadas, señalando expresamente las responsabilidades que pudieran generarse si se ejecutan sin subsanar las inobservancias⁶.

En cuanto al funcionamiento, el control posterior ejercido por las autoridades contraloras puede concluir en un procedimiento administrativo de determinación de responsabilidades al que se llega la mayoría de las veces después de tramitar varias fases que comienzan con la identificación de ha-

⁴ El artículo 141 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público señala que la auditoría interna es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional. Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario, 30-12-2015.

⁵ En este orden de ideas las disposiciones finales séptima y octava de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal del 2010 establecen que #La Contraloría General de la República podrá ejercer en todo momento, previa resolución del Contralor o Contralora publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, cualquier tipo de control previo sobre las actuaciones de cualesquiera de los órganos que conforman el Poder Público, y éstos deberán acatar las decisiones que la Contraloría adopte” (séptima). “Los órganos de control fiscal externo señalados en los numerales 2 al 4 del artículo 43 de esta Ley, se abstendrán de participar en actividades de control previo cuando se aseguren, previa evaluación, que el sistema de control interno del respectivo ente territorial garantice el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 38 de esta Ley” (octava). Respecto a este último caso la ley se refiere a las contralorías de los estados, municipios, distritos y distritos metropolitanos (artículo 43.2, 43.3 y 43.4). En cuanto a las condiciones para llevar a cabo el control previo además de la ley *Vid.* Capítulo IV del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal 2009.

⁶ *Ibíd.* Artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal referido a la aprobación u objeción de las operaciones en ejercicio del control previo.

llazgos mediante informes de control posterior, la potestad investigativa que se deriva de tales hallazgos y finalmente la determinación de responsabilidades (multas, reparos, responsabilidad administrativa) además de sanciones accesorias como la suspensión en el ejercicio del cargo sin goce de sueldo, la destitución o la inhabilitación del funcionario para el ejercicio de las funciones públicas⁷.

Todo esto pudiera suceder también cuando en ejercicio excepcional del control previo (que no es inconstitucional pero que como veremos presenta problemas) la Contraloría plantee una observación, advierta, sugiera o exhorte a la Administración y ella haga caso omiso; aunque contrario a lo que establece la normativa vigente, se señalará de forma expresa que tales actuaciones no son vinculantes y son simples sugerencias que constituyen funciones de apoyo a la Administración para el logro de una mejor gestión, porque entre otras cosas se entiende que lo que el órgano contralor sugirió o advirtió tendría como mínimo mejorar la actividad administrativa y a lo sumo evitar transgresiones del ordenamiento jurídico que aun así no fueron acatadas. Esas actividades preliminares inclusive serían causal de inhibición del funcionario que le impida dictar un acto de responsabilidad habiendo previamente expuesto su opinión sobre el asunto si observamos que de conformidad con el Reglamento de esta materia no acatar las advertencias puede generar consecuencias⁸.

Comparativamente en Colombia a tenor del artículo 267 de la Constitución Política de 1991 recientemente modificado, la función fiscalizadora era exclusivamente posterior, selectiva y ejercida de conformidad con lo establecido en la ley⁹, a fin de evitar la coadministración e injerencia indebida en las funciones de los entes sujetos a control¹⁰. En relación al tema en el año 2015

⁷ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal y su reglamento.

⁸ Conjuntamente con el *supra* citado artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuanto a las inhabiciones *Vid.* artículo 36.3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria, 01-07-1981.

⁹ Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional N° 114 del 04-07-1991 <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

¹⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7° del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000, “Por el cual se

la Corte Constitucional con fundamento en ese artículo sentenció la inexecutable de llevar a cabo funciones de “advertencia” por tratarse del ejercicio del control previo por parte de la Contraloría General de la República sobre operaciones o procesos de ejecución a fin de prever riesgos que comprometan el patrimonio público y además de ejecutarlo en su carácter de órgano de control fiscal externo, proceder a ejercer control posterior sobre los hechos que hubieran sido detectados en el ejercicio de aquel control¹¹.

Como se observa la referida instancia declaró la inconstitucionalidad de la función de “advertencia” atribuida al máximo órgano contralor mediante el artículo 5.7 del Decreto Ley 267 de 2000 ya que entre otras cosas implicaba el ejercicio del control previo en abierta violación del artículo 267 de la Constitución Política que establecía de forma expresa el control posterior¹².

Cierto es que el artículo declarado inexecutable, además de contemplar la función contralora que al ser considerada previa colisionaba abiertamente con el texto constitucional, también expresaba que sobre los hechos así identificados se podría ejercer el control *a posteriori*, en el entendido que este último conlleva por una parte funciones de vigilancia que en este caso no son el problema, pero además la posibilidad de tramitar procedimientos sancionatorios que según tal normativa podían derivarse del incumplimiento de las “advertencias” lo que evidentemente implica una relación entre dos actividades, una previa y otra posterior, que comprometen la imparcialidad y objetividad decisoria, al ser ejecutadas por el mismo ente contralor con poder para establecer responsabilidades fiscales de no haber sido acatadas sus advertencias iniciales¹³.

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”, sentencia N° C-103/15 de 11-03-2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ Como puede observarse el artículo 5.7 del Decreto Ley 267 de 2000 declarado inconstitucional, guarda semejanza con el control previo y las advertencias que en Venezuela puede formular el Contralor General de la República acorde al artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal vigente. Si bien este artículo no sería contrario a la Constitución venezolana, son de interés los argumentos según los cuales su ejercicio compromete la imparcialidad y objetividad del órgano contralor.

Veamos alguno de los argumentos de la sentencia del 2015 que en parte se sustentan en anteriores decisiones de la misma Corte, además de informes y debates de la Asamblea Nacional Constituyente que concluyeron en establecer el control posterior y selectivo acordado en la Constitución Política de 1991 por el cual se transformó el hasta entonces existente modelo de control fiscal.

(i) Uno de los argumentos basales de la Corte Constitucional tiene que ver con que un control previo por parte de la Contraloría General de la República aunque esté impregnado de las mejores intenciones puede derivar en problemas y corruptelas.

(ii) El sistema previo de control fiscal tenía como fin precaver que se cometieran irregularidades en cuanto al manejo de los bienes públicos porque antes de que el dinero fuera erogado, el órgano fiscalizador revisaba, comprobaba y aprobaba las operaciones correspondientes.

(iii) Las objeciones a este modelo eran que (i) hacía propicio que el órgano de vigilancia interviniera directamente en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que usualmente obstaculizaba y hasta vetaba el funcionamiento normal de la Administración; (ii) no generaba responsabilidad administrativa a la Contraloría y comprometía la autonomía e independencia de dicho ente; y (iii) de manera paradójica generaba corrupción.

(iv) Las anteriores críticas fueron debatidas por la Asamblea Nacional Constituyente con relación a la reforma del régimen fiscal, admitiéndose entre otras cosas que el control previo había desvirtuado el objetivo de la Contraloría y había sido funesto al permitir ejercer de forma abusiva una suerte de coadministración, derivando en un gran poder de control y engorrosos trámites propiciadores de corruptelas.

(v) De allí que la intención del constituyente fue evitar que los órganos de control fiscal interfirieran en la actividad administrativa de los entes sometidos a control y advertía que:

...en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino

también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.

Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo. Se aspira que ésta, en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante disposición desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración. La Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración¹⁴.

(vi) Continúa la Corte señalando los motivos en los que se fundamenta la no admisión del control previo empleando en ocasiones el término “preventivos”. Indica que para el constituyente atribuir al control fiscal el carácter posterior y selectivo externo a la Contraloría General no significó renunciar al control previo, pero en el entendido que tales *mecanismos preventivos* debían ser implementados mediante los sistemas de control interno para no comprometer la autonomía del ente externo de control. En este sentido dentro de los órganos y entes, además de los propios mecanismos de vigilancia que la Administración Activa ejecuta sobre sus actividades, existen Superintendencias y los auditores internos tienen funciones que se asemejan a las “advertencias” debatidas en este proceso judicial, siempre teniendo en cuenta que a dichos auditores les está prohibido participar a través de autorizaciones o refrendaciones en los procedimientos administrativos del sujeto controlado.

¹⁴ *Ibid.* (Las transformaciones en el modelo constitucional de control fiscal, 13) tomando como fundamento a Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolff, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez, "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado", *Gaceta Constitucional*, N° 59, p. 10.

(vii) La co-gestión existente antes de la Constitución Política de 1991, resultaba ineficaz para la transparencia de los procedimientos administrativos y además era motivo y oportunidad de corrupción por posibles pactos entre los funcionarios administrativos y los encargados de vigilarlos, amén de producir dilaciones injustificadas por los trámites y consultas a los órganos de control quienes en no pocas ocasiones distorsionaban su papel imponiendo criterios a las autoridades competentes, violando con ello el *principio de separación funcional*. De allí que la Constitución del '91 instauró el control posterior y además prohibió atribuir a la Contraloría funciones administrativas que fuesen distintas a aquellas que son inherentes a su propia organización tal como lo establece el artículo 267.4 constitucional.

(vii) La “advertencia” acorde al sentido literal de la norma cuestionada tal y como se desprende de lineamientos contenidos en instrumentos internos de la Contraloría General es una intervención con carácter previo a la toma de decisiones y culminación de operaciones y procesos administrativos, siendo un instrumento de *carácter preventivo* y además proactivo que faculta la intervención de dicha entidad antes de la culminación de los ejercicios fiscales sometidos a control. De esta forma se anticipa la función de la Contraloría lo que constituye una excepción al criterio general por el cual su función “empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”¹⁵.

(ix) Por tanto de conformidad con la Constitución de 1991 la Contraloría General de la República ejerce funciones de vigilancia, es decir, de mera observación a distancia y de control de carácter posterior que implica intervención o interacción con los procedimientos administrativos siempre después a su culminación, a través de una serie de operaciones tales como advertencias, formulación de observaciones, declaración de existencia de hallazgos fiscales y tramitación de ser procedente de los correspondientes procedimientos sancionatorios, entendiéndose que en el caso de las funciones de “advertencia” previa analizadas por la Corte en 2015, comprometen la objetividad del ente al sobrepasar las simples atribuciones de vigilancia para

¹⁵ Ibíd. (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, 47) tomando como base la Sentencia de la misma instancia identificada C-113 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

recabar información ejecutando con ello una función de control que no está permitida por la Constitución Política.

Ese régimen exclusivamente posterior y selectivo, así como la imposibilidad de “advertencia” fueron objeto de reciente modificación a través del Acto Legislativo N° 4 del 18-09-2019 “Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”¹⁶ añadiendo por una parte esa última función a las atribuciones del Contralor General de la República (artículo 268.13 de la Constitución Política) y por la otra un control preventivo –no previo– y concomitante de carácter excepcional y no vinculante, contemplado en la reforma parcial del artículo 267 constitucional.

2. Control preventivo equivale a control previo

Como se señaló la reciente modificación de la Carta Política de Colombia añade al control posterior uno de naturaleza preventiva acorde a lo siguiente:

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

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas¹⁷.

¹⁶ Congreso de la República. Diario Oficial N° 51.080 del 18-09-2019, en https://www.axacolpatria.co/arpdc/docs/acto_legislativo_04_2019.htm

¹⁷ *Ibíd.* Adicionalmente se mantiene la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas que fuesen distintas de aquellas que son inherentes a su propia organización.

Llama la atención que los criterios judiciales del 2015 conforme a los cuales la función de advertencia se consideraba control previo o preventivo (utilizando en ocasiones ambos términos) y por tanto fuera del alcance de la Contraloría, fueron desestimados con la modificación del año 2019, de forma tal que ahora son constitucionales las “advertencias” por ser preventivas –no previas– y además por haber sido incluidas como atribuciones del Contralor General en la norma suprema¹⁸.

El Acto Legislativo 4 de 2019 contó con el visto bueno de la Corte Constitucional¹⁹ y a diferencia de lo que planteaba esta instancia en 2015, la nueva regulación no constituye una violación del principio de separación de poderes por lo siguiente:

¹⁸ La Constitución Política modificada por el Acto Legislativo N° 4 de 2019 del 18 de septiembre establece dentro de las funciones de la Contraloría General con ciertos cambios en comparación a la normativa declarada inexecutable por la Corte Constitucional en 2015, “Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados” (artículo 268.13).

¹⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: Demanda de constitucionalidad contra el Acto Legislativo 4 de 2019, sentencia N° C-140/2020 Sala Plena Virtual. Boletín consultado el 29-06-2020 en <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/boletinNo53.pdf>. por cuanto a esta fecha no se ha podido revisar directamente la sentencia que contiene un salvamento y aclaraciones de votos. Contrario a lo decidido por la mayoría, una de sus integrantes salvó su voto al considerar que ese Acto debía declararse inexecutable denominándolo control “previo y concomitante” por cuanto constituye una sustitución parcial y permanente del eje de separación de poderes de la Carta Política al permitir tal control fiscal que significa inmiscuirse en funciones administrativas de las entidades vigiladas y además mediante la función de advertencia intervenir en las decisiones controladas usurpando su autonomía y afectando en caso de que eventualmente deban abrirse procedimientos fiscales, la independencia de la Contraloría General. Tales funciones según este nuevo modelo se ejercen en cualquier fase de un procedimiento administrativo, incluso las de planeación o preparatorias y además las advertencias por riesgo inminente van destinadas a que el funcionario adopte medidas, esto es, a cambiar las acciones y decisiones que estaba ejecutando sobre la gestión de recursos, con lo cual se le permite al Contralor la injerencia en las actividades controladas. Por otra parte la división funcional de poderes se desdibuja con ese modelo de control que permite a la Contraloría intervenir en decisiones que son propias de otras autoridades (Magistrada Cristina Pardo Schlesinger). Información denominada “La Corte declaró ajustado a la Constitución Política el Acto Legislativo 4 de 2019 que reforma el control fiscal, por no constituir una sustitución del principio de separación de poderes”, consultado en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=CorteConstitucional/300392>

(i) El Acto Legislativo 4 no sustituye a la Constitución Política sino que establece un novísimo régimen adicional de control fiscal –preventivo y concomitante (no previo)– sin afectar el principio de separación de poderes en la medida que la norma constitucional contempla las prohibiciones, límites y cautelas para el ejercicio de este tipo de control.

(ii) Efectivamente este modelo contempla que (i) no implicará coadministración; (ii) se llevará a cabo en tiempo real mediante el seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de recursos públicos; (iii) usará tecnologías de la información; (iv) contará con la participación activa del control social; (v) articulado con el control interno; (vi) de carácter excepcional y no vinculante; (vii) sin versar sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos; (viii) tendrá la forma de advertencia al gestor fiscal; y (ix) su ejercicio y coordinación exclusivamente corresponde al Contralor General en materias específicas.

Sin embargo, aun cuando las intenciones sean transparentes, los beneficios y ventajas palpables en situaciones de gravedad como la COVID-19²⁰ y las limitaciones constitucionales busquen sustraer este control preventivo de los problemas advertidos respecto al control previo por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y reiterados por la Corte Constitucional en 2015, resulta curioso que los argumentos de este último órgano para presentar las advertencias como claros ejemplos de control previo y por ello inconstitucionales para la fecha, hoy en día con el cambio de denominación a control “preventivo” y contemplar esas mismas actividades en la Constitución, parecieran desvanecerse los peligros de coadministración contralora por el solo hecho de que así lo establece el nuevo modelo, de dilaciones innecesarias, tampoco se corre el riesgo de corruptelas además de preservarse el principio de separación de poderes.

²⁰ Contraloría General de la República: “A salvo facultades de control preventivo y concomitante, Contraloría General sigue alertando sobre mal manejo de recursos públicos”. Boletines de Prensa 2020, mayo 7, en https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-de-prensa-2020/-/asset_publisher/9IOzpebPkrRW/content/a-salvo-facultades-de-control-preventivo-y-concomitante-contraloria-general-sigue-alertando-sobre-mal-manejo-de-recursos-publicos

Son interesantes algunos razonamientos de la Corte Constitucional en el año 2015 reiterando en ocasiones sus propios fallos:

(i) Ciertas atribuciones de la Contraloría General como fiscalizar la contratación estatal eran válidas siempre que se efectuaran después de perfeccionarse los contratos, también la vigilancia de las contrataciones ya que ejerciendo esta competencia dicha entidad solo se limitaba a observar y recabar informaciones para el posterior ejercicio del control.

(ii) La función de advertencia es una intervención previa de control que puede incidir en las decisiones administrativas y por ende conforma una modalidad de coadministración.

(iii) Los lineamientos para ejercer la función de advertencia definidos por la Contraloría General de la República y que acorde plantea excluye interferencias y respeta los límites constitucionales eran: “(i) el ente de control debe abstenerse de emplear un tono imperativo y limitarse a formular la advertencia, sin indicar las acciones que el gestor fiscal debería emprender para minimizar o evitar el riesgo; (ii) tales advertencias están desprovistas de efectos vinculantes, en tanto la entidad a la que se dirige es libre de atenderlas”²¹.

(iv) Estas cautelas si bien marcan la diferencia con el modelo anterior a la Constitución de 1991, siguen siendo una actividad previa que puede derivar en un control posterior porque:

...aun con estas previsiones, el ejercicio de esta modalidad de control fiscal ex ante que representa la función de advertencia conserva una efectiva capacidad de incidir en las decisiones y en el curso de los procesos y operaciones de las autoridades administrativas sometidas a vigilancia, en tanto mantiene el potencial de disuadir al destinatario de la advertencia de mantener el curso de acción objeto de reparos. *En efecto, la formulación de un llamado de atención por parte del máximo ente de control externo sobre el eventual riesgo o amenaza de detrimento patrimonial advertido en una determinada operación administrativa, incluso si está desprovista de un tono imperativo y formalmente carece de efectos vinculantes, conserva una efectiva capacidad disuasoria, que en la práctica se resuelve en la suspensión de la*

²¹ *Ibíd.* (La función de advertencia representa una intervención previa del ente de control susceptible de incidir en la toma de decisiones administrativas y, por tanto, constituye una modalidad de coadministración, 53). Para este punto la Corte se fundamenta en informaciones de la propia Contraloría.

*decisión o del curso de acción sobre el cual la Contraloría ha manifestado previamente sus reservas (destacado agregado)*²².

(v) Es que aun cuando la entidad no advierta de forma imperativa y no imponga a la Administración un determinado curso de acción, la posición que detenta la Contraloría General en relación a los destinatarios de dicho control, lleva a estos a considerar que las advertencias son directivas fuertes –no débiles– y por tanto les otorgan una decisiva influencia al momento de ponderar las razones para su acatamiento.

(vi) Finalmente, todo lo anterior no desmerita las ventajas anticipatorias del control previo (preventivo) existiendo para ello medios alternativos sin que la Contraloría deba ejecutarlos como son el control interno de las entidades públicas o las funciones de inspección y vigilancia que llevan a cabo las Superintendencias con lo cual la Corte resuelve:

*...la tensión entre principios constitucionales que se plantea a propósito de esta controversia: por un lado, la efectividad del control fiscal, que reclamaría una vis expansiva, una anticipación, con carácter preventivo y proactivo, del momento en que inicia la intervención de la Contraloría como la que se propone con la función de advertencia; de otro lado, los principios de orden constitucional que propenden por mantener el carácter posterior del control fiscal externo que lleva a cabo dicha entidad, para así salvaguardar la autonomía e independencia del ente de control, que se ven comprometidas cuando este incurre en alguna forma de coadministración (destacado agregado)*²³.

3. A modo de reflexión: el control preventivo como modalidad soft de control previo

En Colombia la Constitución Política de 1991 consagró un modelo negado al ejercicio del control previo por el Contralor General aunque sin desestimar su importancia y oportunidad para evitar perjuicios estableciéndose mecanismos alternativos de control interno previo que deben funcionar coordinadamente con el control externo posterior que ejerce la Contraloría.

²² *Ibíd.*, 55.

²³ *Ibíd.* (La modalidad de control fiscal previo representada en la función de advertencia constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que establecen el carácter posterior del control fiscal y la prohibición de coadministración, 58).

En anteriores líneas se hizo referencia a que la Corte Constitucional con base a las cautelas que aquel generaba, interpretó el significado de “advertir” como actividad previa y si bien en el caso específico sentenció la inconstitucionalidad porque de manera expresa su ejecución podría derivar en la tramitación de procedimientos de responsabilidad fiscal, el hecho es que adicionalmente la posición que ocupa la Contraloría General y sus competencias sancionatorias son suficientes para entender tales advertencias como directrices fuertes difíciles de esquivar por sus destinatarios.

Los argumentos presentados en esa la sentencia van más allá por considerar que aun cuando tales actuaciones no tengan efectos vinculantes y sean planteadas sin ánimo de injerencia, a la postre limitan la libertad decisoria de la Administración cuando ante dos o más alternativas, una o todas son consideradas por la Contraloría mejorables, menos costosas, etc.

No cabe duda del efecto disuasivo de un control previo en manos del Contralor y los resultados que pudiera acarrear como protección eficiente y oportuna de los recursos del Estado. Por ello tal vez la inexequibilidad de la función de advertencia fue una decisión desproporcionada en el entendido que lejos del carácter estrictamente policial con el que se suele identificar al control fiscal, debe entenderse esa función con mayor amplitud puesto que se trata de coadyuvar –con límites– en el buen desempeño de la Administración Pública sin esperar a que la transgresión del ordenamiento jurídico se haya consumado.

Pero lo que interesa resaltar es que básicamente con un cambio de denominación, los planteamientos judiciales del 2015 son silenciados en el año 2019 que según se observa establece una modalidad “*soft*” denominada control preventivo y unas advertencias antes proscritas por ser control previo pero que ahora no lo son.

Y es que aunque no se denomine control previo, con el nuevo modelo siguen vigentes los problemas que aquel presenta analizados no solo por la máxima instancia judicial sino también por la Asamblea Nacional Constituyente para redactar la Constitución de 1991, en el sentido de que con la novedosa regulación del 2019 de mayor jerarquía y con límites mucho más precisos y detallados a la normativa declarada inexequible, está latente la cautela normal que cualquier funcionario tendría de tomar decisiones dife-

rentes o hasta contrarias a lo sugerido por un funcionario que a la postre lo puede sancionar, con lo cual este control preventivo puede derivar en dilaciones injustificadas, una coadministración aunque esté prohibida, la consecuencial confusión de la separación de funciones o corruptelas nacidas de la necesidad de llegar a acuerdos que alejen posibles responsabilidades de forma tal que la historia del control previo se estaría repitiendo.